# Handlungsagent und Handelsmäkler – ein Vergleich.

---

## Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

ACAD. LUDD. BAT. BIBL.

**Rudolf Becker**

aus Bremen

Referendar am Landgericht Bremen.

Approbiert am 6. Dezember 1912.

**Borna-Leipzig**

Buchdruckerei Robert Noske

1913.

257

Referent: Universitäts-Professor Dr. Sehling.

Meiner Frau.

# Inhaltsverzeichnis.

Seite

## Einleitung.

§ 1. Zweck, Inhalt und Grenzen der Aufgabe (Wirtschafts- und Rechtsgeschichtliches) . . . . . 1

## Durchführung.

§ 2. **I. Stand** . . . . . 6

§ 3. **II. Die allgemeine Rechtsstellung des Handlungsagenten und des Handelsmäklers zu den Parteien.**[1])

1. Der Handlungsagent und Handelsmäkler als Hilfspersonen des Handelsverkehrs . . . . . 10
2. Der Handlungsagent als einseitiger Interessenvertreter und Kontrahent nur einer Partei — der Handelsmäkler als objektiver Interessenvertreter und Kontrahent beider Parteien . . . . . 10

§ 4. **III. Die besondere Rechtsstellung des Handlungsagenten und Handelsmäklers zu ihren Auftraggebern.**[2])

1. Der Handlungsagent als „ständig Betrauter" seines Geschäftsherrn — der Handelsmäkler als Augenblicksvermittler 19
2. Der Umfang des Geschäftskreises und der Vertretungsmacht des Handlungsagenten und Handelsmäklers . . . . . 21
3. Der Agentur- und Handelsmäklervertrag als begründender Akt des Handelsagentur- bezw. Handelsmäklerverhältnisses.
   a) Die juristische Konstruktion der beiden Verträge . . . 26
   b) Form und Abschluß . . . . . 35
   c) Endigungsgründe . . . . . 35
4. Von den einzelnen Pflichten des Handlungsagenten und Handelsmäklers . . . . . 42
5. Von den Ansprüchen des Handlungsagenten und Handelsmäklers . . . . . 48
6. Befugnisse der beiden . . . . . 52

## Schluß.

§ 5. Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse . . . . . 53

## Besondere Abkürzungen.

DS. = Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs.
Die ohne Zusatz angeführten Paragraphenziffern beziehen sich auf das Handelsgesetzbuch.
H.-A. = Handlungsagent.
H.-M. = Handelsmäkler.

---

[1]) Der Ausdruck „Parteien" bezeichnet hier im weiteren Sinn als die §§ 93 ff. alle die Personen, für welche und zwischen welchen der H.-A. und der H.-M. ihre Vermittlungstätigkeit ausüben.

[2]) Der Ausdruck ist hier im Anschluß an Dernburg (§ 337 II) und Cosack (§ 51 II, 2) — im weiteren Sinn als der gesetzestechnische Ausdruck im Bürgerlichen Gesetzbuch — für diejenigen Personen verwandt, auf deren Veranlassung der H.-A. und H.-M. berufstätig werden.

# Literaturverzeichnis.


**Albrecht** und **Tentler,** Das Recht der Agenten nach deutschem Handelsrecht. Berlin 1908.

**Apt,** Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin. 1907.

**Bolze,** Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

**v. Brockdorff, Fr.,** Der Unterschied des Handlungsagenten und des Handelsmäklers nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Diss. Leipzig 1906.

**Burchard** in den Verhandlungen des 24. Deutschen Juristentages Bd. 2 S. 235 ff.

**Bürck, Hans,** Zur Lehre vom Handelsmäkler und Zivilmäkler. Diss. Heidelberg 1908.

**Cohen,** Die juristische Natur des Handelsmäklervertrags, in Holdheims Monatsschrift Bd. 15 S. 248.

**Cosack,** Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. 1. 7. Aufl. 1910.

**Cosack,** Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. Jena 1903.

**Crome,** Die partiarischen Rechtsgeschäfte. 1897.

**Crome,** System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

**Danz, Erich,** Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1. u. 2. Aufl. 1906.

Denkschrift zu einem Entwurf eines Handelsgesetzbuches usf. Berlin 1897.

**Dernburg,** Das bürgerliche Recht. Bd. 2. 3. Aufl. 1906.

**Doehnahl,** Der Handlungsagent in seiner Rechtsstellung nach früherem und jetzigem Recht. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.

**Dörr,** Der Mäklervertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Seufferts Blättern Bd. 70 S. 620.

**Düringer** und **Hachenburg,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Aufl. 1908.

**Endemann,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Bd. 1. 1903.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

**Gareis, Karl,** Das deutsche Handelsrecht. 8. Aufl. 1909.

**Goldmann,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 1901.

**Hahn-Mugdan,** Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6. Berlin 1897.

Handwörterbuch der Staatswissenschaften. Bd. 1. 2./3. Aufl. 1898 u. 1909.

**Immerwahr,** Das Recht der Handlungsagenten. Breslau 1900.

**Jacusiel,** Das Recht der Agenten. 2. Aufl. 1900.

**Jacusiel,** Das Recht der Mäkler. 1. Aufl. 1904.

**Kuhlenbeck,** Der Mäklervertrag. In der Juristischen Wochenschrift 1907 S. 34 ff.

**Lehmann, Karl,** Lehrbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1911.

**Litthauer, F.,** Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897, erläutert. In der Guttentagschen Sammlung deutscher Reichsgesetze 1902 Bd. 4.

**Lotmar,** Der Arbeitsvertrag. Bd. 1. 1902.

**Makower,** Das Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. 1906.

**Planck,** Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. 3. Aufl. 1907.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches. Nürnberg 1857/58.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. Leipzig.
**Riesenfeld,** Der Zivilmäkler. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 36 S. 790 ff., Bd. 37 S. 27 ff., 257 ff., 530 ff. und 814 ff.
**Ritter, Karl,** Das Handelsgesetzbuch. Kommentar. Berlin 1910.
**Staub,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 1. 8. Aufl. 1906.
**Warneyers** Jahrbuch der Entscheidungen usf.
**Woltersdorf,** Die rechtliche Natur des Mäklervertrages. Berlin 1905.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, begründet von Goldschmidt.

# Einleitung.

## § 1.

### Zweck, Inhalt und Grenzen der Aufgabe. (Wirtschafts- und Rechtsgeschichtliches).

Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897 regelt im 7. und 8. Abschnitt des 1. Buches die Rechtsverhältnisse zweier selbständiger Kaufleute, die nicht Eigenhändler sind, sondern im fremden Namen und für fremde Rechnung tätig werden und sich hierdurch — wirtschaftlich betrachtet — als Hilfspersonen des Handelsverkehrs charakterisieren. Diese beiden sind der Handlungsagent und der Handelsmäkler.

Mit der Aufstellung dieser beiden Institute weicht das Handelsgesetzbuch von allen früheren Gesetzgebungen, insbesondere vom allgem. deutschen Handelsgesetzbuche, bei dessen Beratung man eine Regelung der Rechtsstellung der Agenten noch ablehnte, weil es sich dabei um einen weder wirtschaftlich noch rechtlich fixierten Begriff handele,[1]) insofern wesentlich ab, als es zum ersten Male neben dem Handelsmäkler den Handlungsagenten als weitere selbständige Hilfsperson des Handelsverkehrs gesetzlich anerkennt und seine rechtlichen Beziehungen zusammenfassend in einem besonderen Abschnitt regelt. Hierin ist der Gesetzgeber dem Wunsch weiter Handelskreise,[2]) der Rechtsprechung der beiden vorangegangenen Jahrzehnte[3]) und besonders auch der tatsächlichen Entwicklung des Wirtschaftslebens gefolgt:

Die Ersetzung des Kleinbetriebes durch den Großbetrieb in Handel und Industrie, die infolge der Verkehrsentwicklung

---

[1]) s. Prot. der Nürnb. Konferenz S. 88, 103 ff. u. 963.

[2]) so insbesondere der Agenten selbst, die durch den Verein „Berliner Agenten“ schon 1887 an den Reichstag eine Petition betreffs Regelung ihrer rechtlichen Stellung richteten.

[3]) vgl. ROHG. Bd. 4 S. 219, Bd. 5 S. 105 u. 180, Bd. 6 S. 215, Bd. 7 S. 301, Bd. 9 S. 104, 377, Bd. 11 S. 146, Bd. 12 S. 153, Bd. 14 S. 400, Bd. 16 S. 38, Bd. 19 S. 86, Bd. 22 S. 117, Bd. 23 S. 329 und RG. Bd. 12 S. 15 ff., Bd. 18 S. 112, Bd. 21 S. 90 und besonders die bei v. Brockdorff S. 11 zitierte Entscheidung des RG. v. 2. 7. 1892 (RG. Bd. 31 S. 60); dazu die bei Düringer-Hachenburg S. 485/86 erwähnten Entscheidungen.

immer größere Distanz der Absatzgebiete, das Bedürfnis (zumal unserer Exportindustrie) nach einer energischeren Interessenvertretung und besonders die noch immer mehr um sich greifende Tendenz der Produzenten, unter Ausscheidung des Zwischenhandels direkt mit den Konsumenten in Verkehr zu treten, zwang die Einzelfirmen mehr und mehr dazu, an Stelle des zu kostspielig werdenden und mit den auswärtigen Verhältnissen nicht genügend vertrauten Reisenden an den jeweilig in Frage stehenden Welthandelsplätzen einen ständigen, geschäftskundigen Vertreter zu halten. Der Wunsch, die sehr erheblichen, den Gewinn beeinträchtigenden Kosten einer solchen Niederlassung auf das Mindestmaß einzuschränken, führte nach und nach dazu, dem Vertreter unter Entlassung aus seinem Abhängigkeitsverhältnis die gleichzeitige Vertretung mehrerer Firmen zu gestatten, und schuf so eine selbständige Mittelsperson, den Handlungsagenten![1])

So sehr es sich hiernach bei dem Handlungsagenten um eine neue Erscheinung im Wirtschaftsleben handelt, so sehr standen doch seiner rechtlichen Fixierung und der damit notwendigen Schaffung eines neuen Rechtstypus gewichtige Bedenken entgegen, wie sie namentlich in dem Gutachten der fraglos kompetenten Handelskammern von Hamburg, Bremen und Lübeck[2]) zum Ausdruck kamen. In der Tat mußte die rechtliche Anerkennung eines neuen Wirtschaftstypus, dessen Entwicklung so wenig abgeschlossen war — und noch heute ist —, bedenklich erscheinen, und das besonders in einem Augenblick, wo man die andere selbständige Mittelsperson des Handelsverkehrs, den Handelsmäkler, seines amtlichen Charakters entkleidete und ihn ebenfalls zu einem privaten Mittler machte. Es mußte von vornherein zweifelhaft sein, ob es gelingen würde, die Rechtssphären zweier Personen, deren wirtschaftliche Tätigkeit — als auf die Vorbereitung und Vermittlung von Geschäftsabschlüssen gerichtet! — im wesentlichen gleichgeartet ist, in zwei in sich geschlossene und durch scharfe Grenzlinien voneinander getrennte Rechtssysteme zu bringen. Tatsächlich laufen die Geschäftskreise beider Personen derartig ineinander, daß sie im Wirtschaftsleben oft kaum zu unterscheiden sind und häufig die eine unter dem Namen der anderen oder noch anders lautenden Bezeichnungen wie „Vertreter“ und ähnlichen Geschäfte treibt. Verwirrend wirkt vor allem auch die Tatsache,

---

[1]) vgl. DS. S. 67 und Ehrenberg im HWB. d. Staatsw. 2. u. 3. Aufl. Bd. 1 unter „Agenturwesen“.

[2]) vgl. gemeinsames Gutachten der Handelskammern von Hamburg, Bremen und Lübeck S. 15.

daß sich das Geschäftsleben der Handlungsagenten und Handelsmäkler noch nicht so sehr zu einem festen Lebensberuf ausgewachsen hat, als daß nicht vielfach beide Arten von Geschäften in einem periodischen Nacheinander und gelegentlich sogar Nebeneinander von ein und derselben Person wahrgenommen würden. Die Frage lautet daher vielfach nicht so: wer ist Handlungsagent und wer ist Handelsmäkler? — sondern: wann liegt ein Vermittlungsgeschäft auf Grund eines Agenturvertrages und wann ein solches auf Grund eines Mäklervertrages vor?

Der Gesetzgeber ist sich dieser Verwechslungsgefahr und ihrer praktischen Folgen vermutlich nicht weniger bewußt gewesen als der keineswegs stärker in die Augen springenden gleichen Gefahr bezüglich des Handlungsagenten und des Handlungsgehilfen.[1]) Er ist aber zu ihrer Vermeidung weder zur äußersten, vielleicht zu folgenschweren Konsequenz, nämlich zur Aufstellung eines einzigen, mit entsprechend weiten Begriffen und allgemeinen Regeln ausgestatteten, beide verwandte Wirtschaftstypen umfassenden Systems geschritten, noch hat er im Anschluß an das allgemeine Gutachten der drei Hansestädte von einer rechtlichen Fixierung der Handlungsagenten Abstand genommen und seine Weiterentwicklung dem Gewohnheitsrecht und der Rechtsprechung überlassen. Vielmehr hat der Gesetzgeber sich damit begnügt, bei Festlegung der beiden Satzungen die Vorschriften über die Rechte und Pflichten der beiden Personen wiederholt in Übereinstimmung zu bringen.[2]) Darin konnte er indessen, wollte er die Berechtigung der Einordnung der beiden Wirtschaftstypen in zwei selbständige Rechtsinstitute nicht selbst in Frage stellen, nicht so weit gehen, als daß nicht eine sehr erhebliche Verschiedenheit in den beiden Rechtssatzungen geblieben wäre. So ist nach wie vor die Frage von Bedeutung, welcher von beiden Satzungen eine Mittelsperson oder ein von ihr vorgenommenes Geschäft unterliegt.

Zu allem übrigen hat dann schließlich das moderne Verkehrsleben — und zwar besonders erst seit 1900 — eine Wirtschaftskategorie geschaffen, bei der grundsätzlich bestritten ist, ob sie den Vorschriften über den Handlungsagenten oder denen über den Handelsmäkler oder noch anderen Gesetzen zu unterstellen ist. Das sind die sogen. „Gelegenheitsagenten", d. h. diejenigen Personen, welche allgemein dem Publikum ihre Vermittlungsdienste anbieten und ohne ständige Betrauung, je nach

---

[1]) vgl. über letzteres DS. S. 68 oben.

[2]) vgl. § 86 Abs. 1 mit § 97, § 88 Abs. 1 mit § 652 Abs. 1 BGB., § 88 Abs. 3 mit § 653 BGB. und § 90 mit § 652 Abs. 2 BGB. (über die Geltung der §§ 652 u. 653 BGB. auch für den Handelsmäkler s. unten S. 28/9.)

Gelegenheit bald für diesen bald für jenen Geschäftsmann in dessen Namen und ausschließlichem Interesse tätig werden.[1])

Schließlich ist noch ein weiteres, tatsächliches Unterscheidungsmerkmal im Schwinden begriffen: der Handlungsagent, der früher zumeist im Gegensatz zum Handelsmäkler regelmäßig nicht zwischen zwei am gleichen Platze wohnenden Parteien vermittelte, ist vielfach Ortsmittler geworden. So bedienen sich die in Hamburg ansässigen Fabrikanten vielfach besonderer Agenten für den Verkehr mit den dort einheimischen Exporteuren.[2]) Ähnlich liegen die Verhältnisse in allen Orten, wo Industrie und Handel vereint sind.

Alle diese Umstände legen einen Vergleich der beiden Rechtsinstitute des Handlungsagenten und des Handelsmäklers nahe, um die einem verwandten, wirtschaftlichen Zwecke dienenden Personen durch eine systematische Gegenüberstellung der rechtlichen Unterscheidungsmerkmale schärfer voneinander zu trennen. Das Ergebnis dieses Vergleichs wird erkennen lassen: einmal ob bei einem scharfen Erfassen des Wesens der beiden Rechtstypen die prinzipielle Bedeutung oder die Zahl der Differenzpunkte diese Sondergestaltung in zwei Institute rechtfertigt, mit anderen Worten, ob es dem Gesetzgeber gelungen ist, zwei eigenartige und in sich einheitliche Rechtsgebilde zu schaffen, und zweitens, ob die unterschiedliche Normierung zweckdienlich gewesen ist. Im übrigen wird sich wie bei jedem Vergleich auch hier wieder zeigen, daß der Sinn und die wahre Bedeutung eines Rechtsgebildes und seiner Einzelbestimmungen durch die Inbeziehungsetzung zu einem verwandten Rechtsinstitut oft viel klarer zum Vorschein kommen als bei einer absoluten Betrachtung.

Wie es dem Wesen einer juristischen Arbeit entspricht, wird bei dem Vergleich vom Gesetz auszugehen sein, um aus ihm zu entnehmen, welche rechtliche Bedeutung den Handlungen und Beziehungen dieser beiden Wirtschaftspersonen zukommt, d. h. welche Wirkung das positive Recht auf dieses beschränkte Gebiet des Wirtschaftslebens ausübt. Damit ist schon gesagt, daß von einer vergleichenden Darstellung von Wirtschaft und Recht, wie sie mehr der Betrachtungsweise eines rechtskundigen Nationalökonomen entspricht, ebenso abgesehen werden soll wie von einem historischen Vergleich. Ein Zurückgehen auf geschichtliche Rechtszustände erübrigt sich zudem durch den

---

[1]) Näheres über diese Kontroverse s. unten S. 21.

[2]) vgl. Ehrenberg im HWB. d. Staatsw. 2. Aufl. Bd. 1 unter „Agenturwesen".

Mangel an Vergleichspunkten, da es beim Handlungsagenten an einer eigentlichen rechtshistorischen Entwicklung fehlt.[1]) Das einzige und nicht unwesentliche tertium comparationis ist eben dies: Der Handelsmäkler ist eine alte, schon dem römischen Rechtsleben[2]) bekannte Person, die nach einer höchst widerspruchsvollen Entwicklung — erst Privatmann, dann Beamter[3]) und schließlich seit dem neuen Handelsgesetzbuch wieder Privatmann — mit schweren Traditionen belastet in das Handelsgesetzbuch übernommen ist; der Handlungsagent dagegen ist ein homo novus, der den Umwälzungen des Verkehrslebens und dem Aufschwung des Handels im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts seine wirtschaftliche[4]) Existenz verdankt und nach einem kurzen Leben in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts zum ersten Male im Handelsgesetzbuch gesetzlich erfaßt ist.[5]) Soweit sich aus diesem Unterschied eine von der des Handlungsagenten abweichende, gesetzliche Behandlung des Handelsmäklers erklärt, wird noch im Verlauf der Arbeit auf seine besondere historische Entwicklung zurückzukommen sein; im übrigen ist ein historischer Vergleich unmöglich.

Somit verbleibt als Gegenstand unserer auf die Veranschaulichung des gegenwärtigen Rechtszustandes gerichteten Untersuchung allein eine dogmatische Vergleichung der beiden im Handelsgesetzbuch unter der Überschrift „Handlungsagent“ und „Handelsmäkler“ geregelten Rechtsinstitute. Indem wir hierbei den Nachdruck auf das Wort „Vergleichung“ legen, scheiden wir aus unserer Betrachtung alles dasjenige aus, was nicht für das Wesen des Handlungsagenten und des Handelsmäklers bestimmend ist, das atypische. Nicht zur Beurteilung heranzuziehen sind somit einerseits die Vorschriften über gewerbliche Beschränkungen und die sonstigen Bestimmungen des öffentlichen Rechts, die nur für bestimmte Kategorien der Handelsagenten — so die Auswanderer- und Feuerversicherungsagenten — gelten,[6]) sowie auch die Vorschriften des Börsengesetzes über die Kursmakler,

---

[1]) So auch Immerwahr S. 13 bezüglich des Agenturvertrags, den er als „ein absolut modernes Rechtsinstitut“ charakterisiert, „von dem keine Brücke zu den Rechts- und Wirtschaftsbegriffen früherer Zeiten führt“.

[2])[3]) Über die rechtshistorische Entwicklung des Mäklers und seines Unterbegriffes, des Handelsmäklers, vgl. Gareis S. 453 und die dort zitierten Quellenstellen und Schriften (so bes. Laband i. d. Zeitschr. f. deutsches R. Bd. 20 S. 1 ff.); Lehmann S. 235/36 und Bürck S. 1—10.

[4]) vgl. S. 2 ob.

[5]) vgl. DS. S. 67 (bei Hahn-Mugdan S. 245).

[6]) vgl. darüber Staub S. 359, 3b; Albrecht u. Tentler S. 51 ff.; Immerwahr S. 46 ff. und das VersG. v. 30. 5. 1908.

die gerade in ihrer öffentlichen Funktion keine Vermittlungstätigkeit ausüben,[1]) und andrerseits alle diejenigen Normen, die wegen ihres abliegenden und mehr zufälligen Inhalts keinen Vergleich zulassen oder für die rechtliche Idee vom Handlungsagenten bezw. Handelsmäkler ohne Bedeutung sind. Im übrigen sind auch die Einzelvorschriften des 7. u. 8. Abschnitts des 1. Buches Handelsgesetzbuch in überaus zahlreichen und zum Teil vortrefflichen, jeweilig nur einen der beiden Abschnitte behandelnden Monographien und Dissertationen so ausführlich dargestellt, daß es nicht angebracht schien, bis zum Überdruß Gesagtes in rein kompilatorischer Weise zu wiederholen. Auf Ausführlichkeit bezüglich der Behandlung jeder einzelnen Bestimmung macht die vorliegende Arbeit daher keinen Anspruch.

Es gilt, aus den einzelnen Vorschriften des 7. und 8. Abschnitts das Wesen, das Prinzip des Handlungsagenten bezw. Handelsmäklers zu ergründen und, nachdem so bis in den 3. Hauptabschnitt hinein aus dem besonderen der allgemeine Begriff abgeleitet ist, zu prüfen, wie weit die Einzelvorschriften über die Rechte, Pflichten und Befugnisse des Handlungsagenten bezw. Handelsmäklers mit dem gewonnenen Ergebnis in Einklang stehen, wie weit sie dasselbe zu stützen oder zu erschüttern vermögen. So werden induktive und deduktive Methode zur gegenseitigen Unterstützung gleichermaßen verwandt.

# Durchführung.

§ 2.

## I. Stand.

Handlungsagent und Handelsmäkler sind beide Gewerbetreibende. Beiden steht diese Eigenschaft in gleicher Weise zu, doch ungleich sind die Gründe, aus denen sie herzuleiten ist:

Bei dem Handelsmäkler ist die Gewerbsmäßigkeit seiner Verrichtungen im § 93 im Gegensatz zum Zivilmäkler (vgl. § 652 BGB.) besonders hervorgehoben.

Bei dem Handlungsagenten folgt sie aus dem Gegenstand seiner Berufstätigkeit, aus der Natur seines Vertragsverhältnisses zum Geschäftsherrn als eines „ständigen“ und aus der in § 88 Abs. 1 bestimmten gesetzlichen Voraussetzung der Entgeltlichkeit seiner Geschäftsbetreibung. Danach ist seine Tätigkeit auf einen

[1]) So auch Gareis S. 453 unten.

„Komplex von Geschäften“ gerichtet, um aus ihm eine „dauernde Einnahme“ [1]) zu erzielen, d. h. gewerbsmäßig.

Die Gewerbsmäßigkeit ihrer Verrichtungen gehört also bei beiden zum Begriff, bei dem H.-M. explicite, bei dem H.-A. implizite. Fehlt sie, so kommen die Vorschriften des 7. und 8. Abschnittes des Handelsgesetzbuchs nicht zur Anwendung.

Beide sind kraft positiver Gesetzesvorschrift Kaufleute [2]) und haben als solche die ordentlichen Rechte und Pflichten eines Kaufmanns, so das Recht der Firmenführung, das Recht der Prokuraerteilung und Anstellung von Handlungsgehilfen und -lehrlingen, das Recht, sich mit anderen zu einer Handelsgesellschaft zu verbinden, das kaufmännische Retentionsrecht, die Pflicht zur Firmenmeldung und Buchführung. Gehen ihre Geschäfte nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinaus, so sind sie Minderkaufleute und es gelten für sie die Rechtsbeschränkungen und Pflichtmilderungen dieser. Die von beiden vorgenommenen Rechtsgeschäfte sind im Zweifel Handelsgeschäfte.[3])

Beide betreiben ihre Gewerbe selbständig, für eigne Rechnung,[4]) und soweit sie Vollkaufleute sind auch unter eigner Firma. Diese Selbständigkeit folgt allgemein aus ihrer Kaufmannseigenschaft und stützt sich noch des besonderen auf Gründe, die bei beiden verschieden sind: Bei dem Handlungsagenten folgt die Selbständigkeit des Gewerbebetriebes vorwiegend aus dem negativen Begriffsmerkmal des § 84: „ohne als Handlungsgehilfe angestellt zu sein“. Demnach hat der H.-A. seinem Auftraggeber gegenüber nicht die Stellung eines Untergebenen. Er ist nicht „angestellt“ (§ 59!), sondern „betraut“ (§ 84!); er steht also nicht in einem Dienst- und Respektsverhältnis, sondern in einem Vertrauensverhältnis [5]) zu ihm. Er ist kein unselbständiges Glied „im“ (so § 59!) Geschäftsorganismus eines Kaufmannes, sondern als selbständiger Gewerbetreibender[6]) „für“ (so § 84!) das Handelsgewerbe eines anderen tätig. Er ist nicht Gehilfe eines Prinzipals [7]) (so § 60!), sondern selber

---

[1]) s. Staub in Anm. 6 zu § 1 S. 29, 2a.

[2]) Gemäß § 1 Abs. 2 Ziff. 7; ebenso Cosack S. 206 II, 1.

[3]) Gemäß §§ 343 u. 344 Abs. 1.

[4]) Der Handelsmäkelei- und der Handelsagenturbetrieb ist wohl zu scheiden von den einzelnen Geschäftsverrichtungen, die im fremden Namen und für fremde Rechnung erfolgen.

[5]) vgl. hierzu § 92, der von der Kündigung eines Vertragsverhältnisses und die §§ 66 u. 70, die von der Kündigung eines Dienstverhältnisses sprechen.

[6]) vgl. DS. S. 73.

[7]) Das Wort „Geschäftsherr“ hat einen anderen Sinn; es bezieht sich nicht auf das Verhältnis zum H.-A., sondern will den Auftraggeber als Unternehmer (auctor) des zu vermittelnden Geschäfts bezeichnen.

Prinzipal,[1]) d. h. Herr eines eigenen Geschäftsbetriebes und der in ihm tätigen Personen. Das Konkurrenzverbot des § 60 Abs. 1 gilt für den H.-A. nicht; er kann grundsätzlich nebenher oder auch im Hauptberuf als Eigenhändler Geschäfte treiben, und nur soweit diese in die Branche seines Geschäftsherrn schlagen, ist seiner freien Betätigung durch die Sorgfaltspflicht gegenüber dessen Interessen eine Schranke gesetzt.

Bei dem Handelsmäkler folgt die grundsätzliche Unabhängigkeit seiner Stellung einmal aus der Stellung im System zwischen dem selbständigen H.-A. und dem noch freier gestellten Kommissionär, der nicht nur sein Gewerbe als Ganzes sondern auch die einzelnen Vermittlungsgeschäfte im eigenen Namen betreibt, und zweitens aus dem negativen Begriffsmerkmal des § 93: „Wer ... ohne ... auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig damit betraut zu sein ...". Ist schon der H.-A. trotz seines „dauernden Betrautseins" kraft gesetzlicher Bestimmung nicht Handlungsgehilfe, sondern selbständiger Gewerbetreibender, so geht offenbar die Unabhängigkeit des H.-Ms., der begrifflich überhaupt in keinem „dauernden Vertragsverhältnis" zu Dritten steht, noch darüber hinaus.

Handlungsagent und Handelsmäkler sind also beide grundsätzlich selbständige Gewerbetreibende. Doch ist der Grad ihrer Selbständigkeit, d. h. ihrer Unabhängigkeit von Dritten, ein verschiedener. Beide sind freie Herren ihrer Arbeitskraft, ihrer Zeit und ihrer Fähigkeiten. Wer sie beschäftigt, hat weder ein über die durch das Agenturverhältnis und den Mäklervertrag bedingte Leistung hinausgreifendes Bestimmungsrecht hinsichtlich weiterer Tätigkeitsentfaltung, noch auch die Entscheidung über den Zeitpunkt, in welchem sie im Rahmen des Vertragsverhältnisses tätig werden müssen.[2]) Während aber der H.-A. im übrigen — so besonders bezüglich des Gegenstandes und der Art der Vermittlung — an die Weisungen des Geschäftsherrn im Rahmen des Agenturvertrags gemäß § 665 BGB. streng gebunden ist,[3])[4]) unterliegt der H.-M., auf dessen Verhältnis zum Auftraggeber der § 665 BGB. keine Anwendung findet, dieser Beschränkung nicht, sondern kann frei über die Art seiner Tätigkeit verfügen. Und während diese beschränkte Unterordnung des H.-A. durch die Ständigkeit seiner Beziehungen

---

[1]) vgl. hierzu und zu folgendem Cosack S. 201.

[2]) Ähnlich Albrecht u. Tentler S. 5.

[3]) So auch Albrecht u. Tentler S. 5 und Staub Anm. 19 zu § 84 S. 361.

[4]) Dies folgt als argumentum e contrario aus § 665 BGB.; über dessen Anwendung auf den Agenturvertrag s. unten S. 27.

und dauernde Interessenwahrnehmung für den Geschäftsherrn noch verstärkt wird, bleibt der H.-M. als Augenblicksvermittler, d. h. in Ermanglung solcher dauernden Beziehungen zu demselben Auftraggeber, von dessen natürlicher Überlegenheit als Unternehmer des zu vermittelnden Geschäfts rechtlich unbeeinflußt.

Vollkommen koordiniert tritt also nur der H.-M. dem Auftraggeber gegenüber, während der H.-A. durch die Dauer und Intensität seines Verpflichtungsverhältnisses in einem freilich sehr beschränkten, aber doch tatsächlich und rechtlich vorhandenen Abhängigkeitsverhältnis zu seinem Geschäftsherrn steht.[1]) Diese beschränkte Unterordnung des H.-A. unter seinen Geschäftsherrn läßt die oben gezeigten Unterscheidungsmerkmale zwischen dem H.-A. und dem Handlungsgehilfen in der Praxis häufig derart zurücktreten, daß die Feststellung, ob im konkreten Fall die Stellung eines Handlungsagenten oder Handlungsgehilfen gewollt ist, oft sehr erschwert wird. Dessen sind sich auch die Gesetzgeber bewußt gewesen und haben zur Vermeidung von Streitigkeiten „die Vorschriften des 7. Abschnittes über die Rechte und Pflichten des Agenten in den wesentlichen Punkten mit dem, was den Gehilfen gilt, in Einklang gebracht".[2])

Will man die Hilfspersonen des Handelsrechts nach ihrer Abhängigkeit von ihrem Prinzipal (Geschäftsherrn, Auftraggeber) ordnen, so hat der H.-A. daher seinen Platz zwischen dem Handlungsgehilfen,[3]) der vollkommen unselbständigen, und dem H.-M., der vollkommen selbständigen und ihrem Auftraggeber gleichgeordneten Hilfsperson. Doch steht der H.-A. dem H.-M ungleich näher als dem Handlungsgehilfen, und der geringe — aber unverkennbare — Gradunterschied in der Unabhängigkeit vom Geschäftsherrn, der den H.-A. von dem H.-M. trennt, ist gegenüber den gewichtigen, für seine Selbständigkeit sprechenden Momenten zu wenig erheblich, um ihm die Eigenschaft eines selbständigen Gewerbetreibenden abzusprechen.

---

[1]) Dies gegenüber der Entsch. des OLG. Hamburg v. 26. 2. 1904 in OLGRspr. Bd. 8 S. 389, nach der sich der „Agent und Geschäftsherr gleichberechtigt gegenüberstehen". Im Vergleich zum Handlungsgehilfen ist diese Behauptung zwar begreiflich, aber dennoch — wie aus dem Vergleich mit dem H.-M. ersichtlich — in dieser absoluten Form falsch.

[2]) So DS. S. 68 oben.

[3]) Die Verwandschaft des Handlungsagenten zum Handlungsgehilfen kommt auch rein äußerlich in der Bezeichnung als Agent einer Handlung, d. h. eines Handelshauses zum Ausdruck; anders der Handelsmäkler, d. h. Mäkler des Handels, des Handelsverkehrs.

§ 3.

## II. Die allgemeine Rechtsstellung des Handlungsagenten und des Handelsmäklers zu den Parteien.

1. Handlungsagent und Handelsmäkler sind begrifflich Hilfspersonen eines fremden Handelsgewerbes bezw. „anderer Personen“,[1]) die zwar nicht notwendig Kaufleute zu sein brauchen,[2]) für die der H.-M. aber doch nur solche Geschäfte vermittelt, die materiell „Gegenstände des Handelsverkehrs“ betreffen. Beide treiben keinen Eigenhandel, sondern sind im Namen und für Rechnung anderer tätig. Ihr Gewerbe ist ein Vermittlungsgewerbe, ein „Hilfsgewerbe des Güterumlaufs“.[3]) Zu seiner Ausübung müssen sie notwendig mit anderen Personen, die ihrer Tätigkeit bedürfen, in Beziehung treten.

2. Diese Verhältnisse zu dritten Personen, die der H.-A. und H.-M. notwendigerweise eingehen müssen, wenn anders sie ihr Vermittlungsgewerbe ausüben wollen, bleiben für den H.-A. vielfach rechtlich irrelevant, für den H.-M. gewinnen sie stets und unter allen Umständen rechtliche Bedeutung:

Der Handlungsagent vertritt ausschließlich die Interessen seines „Geschäftsherrn“ und steht regelmäßig nur zu ihm in einem Vertragsverhältnis. Der Gegenpartei haftet er in der Regel nur für unerlaubte Handlungen[4]) — gleichgültig, ob er die zum Schadensersatz verpflichtende, unerlaubte Handlung im eigenen oder angeblich im Namen des Geschäftsherrn vorgenommen hat.

In unmittelbare rechtliche Beziehungen zur Gegenpartei tritt der H.-A. erst da, „wo er im Namen des Geschäftsherrn zu handeln vorgibt oder glaubt, ohne tatsächlich hierzu berechtigt zu sein“,[5])[6]) mit anderen Worten: wo er seine Vertretungsmacht überschreitet. Hier haftet er der Gegenpartei als falsus procurator; der Umfang und eventuelle Ausschluß der Haftung ergibt sich aus § 179 BGB. Dagegen tritt der H.-A. bei Handlungen, die er innerhalb seiner Vertretungsmacht im Namen seines Geschäftsherrn der

---

[1]) Dies folgt aus §§ 84 u. 93.
[2]) s. hierzu des näheren S. 24 Abs. 2.
[3]) So Staub Anm. 1 zu § 84 S. 356.
[4]) Ebenso Cosack § 51 Bd. 3 S. 3 und Staub Anm. 31 u. 32 zu § 84 S. 366.
[5]) Immerwahr S. 162, 2.
[6]) Von den Voraussetzungen und dem Umfang seiner Vertretungsmacht wird später unter III, 2 die Rede sein; hier handelt es sich nur um die verschiedene Wirkung des Vorhandenseins oder des Fehlens der Vertretungsmacht auf die Stellung, die der H.-A. gegenüber der Gegenpartei einnimmt.

Gegenpartei gegenüber vornimmt oder entgegennimmt, zu dieser in der Regel weder in ein Vertrags-[1]) noch sonstiges Verpflichtungsverhältnis. Wenn Immerwahr[2]) den H.-A. wegen seiner gleichzeitigen Eigenschaft als selbständiger Gewerbetreibender der Gegenpartei für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gemäß § 347 haften läßt, so ist dies unrichtig. Die Haftung nach § 347 setzt nämlich ein Verpflichtungsverhältnis voraus — „wer aus einem Geschäft ... zur Sorgfalt verpflichtet ist"! Die Eigenschaft als selbständiger Gewerbetreibender begründet aber an sich noch kein Verpflichtungsverhältnis; ein solches kann vielmehr erst entstehen, wenn der H.-A. als selbständiger Gewerbetreibender im eigenen Namen tätig wird. Hier handelt es sich aber ausschließlich um seine Tätigkeit als Stellvertreter des Geschäftsherrn. Es ist daher für die Haftung des H.-A. gegenüber der Gegenpartei nicht gleichgültig, ob er Stellvertreter seines Geschäftsherrn ist oder nicht — wie Immerwahr[3]) meint —, sondern grade die Entscheidung darüber, ob er im einzelnen Fall als Stellvertreter oder als selbständiger Gewerbetreibender tätig gewesen ist, ob die von ihm vorgenommenen Verrichtungen als Ausfluß seiner Stellvertreterstellung oder seiner Stellung als selbständiger Kaufmann zu betrachten sind, bildet das Kriterium seiner Haftung. Im ersten Fall haftet der H.-A. der Gegenpartei wie jedem beliebigen Dritten nur ex delicto, im letzteren aus der eingegangenen Verbindlichkeit, event. nach § 347.[4]) Es sind füglich drei Fälle zu unterscheiden:

1. Der H.-A. wird innerhalb seiner Vertretungsmacht im Namen seines Geschäftsherrn tätig. Dann haftet er der Gegenpartei nur ex delicto.

2. Der H.-A. ist unter Überschreitung seiner Vertretungsmacht tätig. Dann haftet er der Gegenpartei gemäß § 179 BGB. als falsus procurator.

3. Der H.-A. ist (wenn gleich als Beauftragter seines Geschäftsherrn[5]) im eignen Namen tätig. Dann haftet er selbständig aus

---

[1]) Ebenso RG. Bd. 6 S. 196 und Bd. 12 S. 15 ff.

[2]) Immerwahr S. 163, 4 u. 165 V.

[3]) Immerwahr S. 165/66.

[4]) Immerwahr spricht S. 165 unten bezüglich des § 347 von einer „außerkontraktlichen Haftung". Durch § 347 erhält aber gerade die Vorschrift des § 276 BGB. für den Handelsverkehr einen bestimmten Inhalt (so DS. S. 203); § 347 ist ausdrücklich, wie besonders aus Abs. 2 hervorgeht, auf Verschulden ex contractu zugeschnitten.

[5]) Von einem weiteren, vierten Fall, daß der H.-A. der Gegenpartei gegenüber nicht als Beauftragter des Geschäftsherrn, sondern ausschließlich aus eigener Initiative, für eigene Rechnung und in eigenem Namen tätig wird und hierdurch zu ihr in ein Rechtsverhältnis, event. in ein Agentur

den eingegangenen Verbindlichkeiten gemäß § 164 Abs. 2 BGB.

Diese Fälle bilden ein Entweder—Oder. Niemals kann der H.-A. durch ein und dieselbe Handlung der Gegenpartei gleichzeitig als Stellvertreter seines Geschäftsherrn und als selbständiger Gewerbetreibender gegenübertreten, wie Immerwahr anzunehmen scheint. Entweder er handelt als Stellvertreter, so finden die Vorschriften der §§ 164 ff. BGB. Anwendung: das bedeutet, er bleibt (abgesehen von dem Fall des falsus procurator) außerhalb jeder kontraktlichen Haftung — oder er handelt der Gegenpartei gegenüber als selbständiger Gewerbetreibender im eigenen Namen, so macht er sich ihr möglicherweise durch Eingebung eines Rechtsverhältnisses verbindlich. Anderes sagt auch Staub nicht,[1]) auf den Immerwahr sich berufen zu können glaubt. Die Haftung gegenüber der Gegenpartei „aus einem danebengehenden Auftrags bezw. sonstigen Vertragsverhältnis“ [2]) ist eben nichts anderes als die Haftung des H.-A. aus einem über den Umfang seiner Vertretungsmacht hinausgehenden, im eigenen Namen mit der Gegenpartei geschlossenen Rechtsverhältnis usw. Dieser Auffassung entspricht auch das von Staub zitierte Beispiel, daß ein Versicherungsagent — der grundsätzlich keine Inkassovollmacht hat — die Prämien von den Versicherten mit dem Auftrage der Weiterzahlung an seine Firma entgegennimmt.

Da von den drei genannten Fällen allein der erste — die rechtmäßige Betätigung im Namen des Geschäftsherrn — der Stellung und den Pflichten des H.-A. dem Geschäftsherrn gegenüber entspricht, so folgt aus dem Gesagten, daß der H.-A. regelmäßig zu der Gegenpartei in kein Vertragsverhältnis tritt und in ein sonstiges Rechtsverhältnis nur insoweit, als er als Stellvertreter seines Geschäftsherrn tätig wird, d. h. die Gegenpartei in den Stand setzt, durch ihn direkt mit seinem Geschäftsherrn in rechtliche Beziehungen zu treten (§ 164 BGB), während die übrigen Verkehrsbeziehungen zur Gegenpartei, in die er durch seine Vermittlungstätigkeit tritt, rein tatsächlicher Natur bleiben! Der H.-A. haftet also regelmäßig nur aus dem Innenverhältnis — d. h. seinem Geschäftsherrn ex contractu —. Der Gegenpartei dagegen nur nach den Grundsätzen der außerkontraktlichen Haftung und als falsus procurator.

Während diese Stellung des Handlungsagenten gegenüber den Parteien fast unbestritten ist, herrscht über die Stellung

---

verhältnis tritt, soll nicht hier, sondern unter „die besondere Rechtsstellung des H.-A. und H.-Ms zu ihren Auftraggebern“ (§ 4) die Rede sein.

[1])[2]) Staub in Anm. 31 zu § 84 S. 363/64.

des Handelsmäklers zu den Parteien lebhafter Streit. Dieser dreht sich im wesentlichen um die Frage, ob durch den § 98 eine objektive und vertragliche Stellung des H.-M.s zu jeder der beiden Parteien zum notwendigen Begriffsmerkmal erhoben wird, und weiter, in welchem Zeitpunkt die Haftung gegenüber der Gegenpartei eintritt.

Zwei Gruppen: Staub, Jacusiel und Crome[1]) gegen Düringer und Hachenburg, Cosack, Lehmann und Riesenfeld, stehen sich hier gegenüber; aber auch unter den Gruppenzugehörigen weichen die Meinungen im einzelnen erheblich voneinander ab. Nach Düringer und Hachenburg „anerkennt das Handelsgesetzbuch den H.-M. als objektiven Vermittler von Handelsgeschäften und gibt ihm zugleich die Aufgaben und Pflichten einer Urkundsperson bezüglich der von ihm vermittelten Geschäfte. Er tritt hiernach notwendig zu beiden Teilen, zwischen denen er vermittelt, in vertragliche Beziehungen; er ist beiden Teilen verantwortlich".[2]) Daß Düringer und Hachenburg diesen Standpunkt nicht konsequent durchgeführt haben, ist Staub[3]) zuzugeben; so sagen sie an einer anderen Stelle: „Die Verpflichtungen des H.-Ms. gegenüber jeder Partei sind an und für sich die gleichen".[4]) Was sie hier mit den Worten „an und für sich" meinen, führen sie nicht weiter aus. Dem Ausdruck nach stehen diese Worte im Gegensatz zu „notwendig"; aber aus der gesamten Stellungnahme Düringers und Hachenburgs ist wohl zu schließen, daß es sich bei diesen Worten eher um eine unklare Ausdrucksweise als um eine von der eigenen bis soweit unzweideutigen Stellungnahme abweichende Ansicht handelt. Bestimmter drücken sich Cosack und Lehmann aus: „Der H.-M. muß beiden Parteien gleichmäßig dienstbar sein ...; er soll unparteiisch zwischen den Interessen beider vermitteln"[5]) und „Als Kontrahenten des Mäklervertrages sieht das Gesetz (im Gegensatz zum bürgerlichen Recht) die beiden Parteien an ... Der H.-M. soll Unparteiischer sein; er steht nicht nur im Treuverhältnis zu dem, der ihm den Auftrag erteilt, sondern auch zu dem, den er aufsucht, selbst wenn der letztere einen besonderen Mäkler beauftragt hat".[6]) Die Genannten stützen sich auf die §§ 98, 99 u. 101.

---

[1]) vgl. Crome S. 425 ff.
[2]) Düringer u. Hachenburg Vorbem. zu §§ 93 ff. Anm. 2.
[3]) Staub Exk. vor § 93 Anm. 3 S. 383.
[4]) Düringer und Hachenburg. Anm. 2 zu § 98 S. 547.
[5]) So Cosack zu § 52 III, I S. 206.
[6]) So Lehmann § 44, 7 S. 238.

Gegen diese Behauptung wendet sich Staub[1]) im ausdrücklichen Gegensatz zu Düringer und Hachenburg: Die objektive und vertragliche Stellung des H.-M.s zu den Parteien gehöre nicht zum Begriff des H.-M.s;[2]) sie sei nur die regelmäßige und gesetzliche Gestaltung des Verhältnisses, die aber durch Parteiabrede auch Änderungen erfahren könne, ohne daß das Wesen der Sache beeinträchtigt werde. Die Begriffsbestimmung des H.-M.s enthalte ausschließlich der § 93.[3])[4]) — Später[5]) beschränkt Staub sich darauf, die objektive Stellung zu den Parteien (nicht auch die vertragliche) als nichtnotwendiges Begriffsmerkmal zu erklären, denn diese sei nicht die gesetzlich notwendige, sondern die gesetzlich dispositive, die Normalgestaltung des Falls. „Der Handelsmäkler bleibt ein Handelsmäkler auch dann, wenn er im Einzelfall ausdrücklich damit betraut ist, dem Interesse einer Partei zu dienen."

Auffällig ist bei allen diesen Erklärungen, besonders bei denen Staubs und Düringers und Hachenburgs, daß sie die Ausdrücke „vertragliche" Stellung" (und gleichbedeutende) und „objektive Stellung" usw. beliebig miteinander vertauschen, als sei ihr Inhalt identisch. M. E. ist dieser Streit im wesentlichen nur deshalb so uferlos geworden, weil man nicht scharf genug zwischen beiden Begriffen geschieden hat.

Der § 98 entspricht — nicht wörtlich, aber inhaltlich — dem Art. 81 ADHGB. Im alten Recht galt der H.-M. nach allgemeiner Auffassung stets als unparteiischer Vermittler und Paziszent beider Parteien.[6]) Diese Auffassung entsprach seiner amtlichen Stellung. Wenn jetzt von Staub und anderen diese Stellung zu beiden Parteien als begriffsnotwendig geleugnet wird, so besagen sie nichts anderes, als daß jene objektive Stellung des H.-M.s im wesentlichen der Ausfluß seines Amtscharakters gewesen sei, und daß dasselbe Gesetz — § 98 HGB. = Art. 81 a. HGB. —, auf den Privathandelsmäkler angewandt, nicht dieselbe Bedeutung haben könne.

Es handelt sich also um die Frage, welche Bedeutung dem § 98 HGB. zukommt. Der Wille, die innere Absicht des Gesetzgebers, der für die Auslegung der Gesetzeserklärung nach Danz'[7]) wie auch unserer ihm zustimmenden Ansicht nur ein

---

[1]) Staub Anm. 7 zu § 84 S. 358 und § 93 Anm. 6 S. 399.
[2]) Ebenso Jacusiel, Das Recht der Mäkler S. 4.
[3]) So Staub Anm. 7 zu § 84 S. 358.
[4]) Ebenso v. Brockdorff S. 49 oben.
[5]) Staub, Exk. vor § 93 Anm. 3 S. 383.
[6]) s. RG. Bd. 4 S. 224 und vgl. auch die von Riesenfeld S. 272 Anm. 37 zitierten Stellen und Entscheidungen.
[7]) Danz, Auslegung der Rechtsgeschäfte.

sehr geringes Gewicht zukommt, spricht auch in dieser seiner untergeordneten Bedeutung weder für die eine noch für die andere Auffassung. Denn die Verfasser der Denkschrift wiederholen nur den Wortlaut des § 98 und setzen hinzu, daß „im Handelsverkehr der Mäkler in der Regel als Vermittler beider Parteien gilt". Von einer gesetzlichen Berücksichtigung gelegentlicher Ausnahmen dieser Verkehrsregel sagt die Denkschrift nichts.

Wir sind also auf den Wortlaut des § 98 angewiesen. Dieser besagt: „Der Handelsmäkler haftet jeder der beiden Parteien für den durch sein Verschulden entstehenden Schaden". Daß der § 98 das Wort „Verschulden" als vertragliches Verschulden und nicht als eine Deliktshandlung aufgefaßt wissen will, geht aus seiner Fassung hervor. Auf die §§ 823 ff. BGB. bezogen, wäre der § 98 nicht nur überflüssig, sondern auch widersinnig, da der Delinquent jedem Dritten, nicht nur den beiden Parteien für den durch Begehung der unerlaubten Handlung entstandenen Schaden haftet.

Der § 98 bezieht sich also auf ein Verschulden ex contractu. Er ist indessen keine einfache Konstatierung der schon aus den allgemeinen Regeln des BGB. folgenden gesetzlichen Tatsache, daß für den Fall des Vorliegens eines Vertrages aus ihm für Verschulden gehaftet wird. Eine solche Bestimmung wäre überflüssig und in ihrer Hervorhebung an dieser Stelle nicht am Platze. Der § 98 bestimmt vielmehr ausdrücklich, daß der H.-M. als Vermittler beider Parteien gilt, daß er zu beiden in einem Vertragsverhältnis steht, gleichgültig, ob ein Nacheinander von Angebot und Annahme ausdrücklich erfolgt ist oder nicht.[1])

Diese Gesetzesbestimmung ist indessen nicht als Fiktion anzusehen. Sie setzt nicht etwa tatsächlich Nichtvorhandenes als wirklich voraus, sondern sie stattet nur die tatsächlichen Vorgänge mit rechtlicher Wirkung aus, wie das jedes Gesetz tut. Sie gibt nur den tatsächlichen Beziehungen, in die der H.-M. notwendig zu dritten Personen treten muß — wenn anders er überhaupt vermitteln will — eine rechtliche Wirkung bestimmter Art. Diese Bestimmung bildet auch keine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß ein Vertrag nur durch Antrag und Annahme zustande kommt (sei es ausdrücklich oder durch konkludente Handlung), sondern sie legt die Vorgänge zwischen dem H.-M. und der Gegenpartei — und mögen sie noch so un-

---

[1]) Ähnlich Lehmann: Als Kontrahenten des Mäklervertrages sieht das Gesetz die beiden Parteien an" und Cosack: „Beide gelten als seine Auftraggeber".

bedeutend sein, z. B. nur in einem Aufsuchen des einen und Gewährenlassen des anderen bestehen — als Antrag und Annahme aus, so daß gemäß § 98 der H.-M. zu dem Dritten durch Ausübung seiner Vermittlungstätigkeit stets in ein Vertragsverhältnis tritt — es sei denn, daß der Dritte seine Tätigkeit ausdrücklich ablehnt,[1]) d. h. ihn überhaupt nicht vermitteln läßt. Diese gesetzliche Auslegung einer reinen Tätigkeitsausübung als ein Antrag und eines bloßen Gewährenlassens als eine durch konkludente Handlung (Unterlassung) erfolgte Antragsannahme entspricht der Verkehrsauffassung, wie schon die Denkschrift hervorhebt.[2])

Die Antwort auf die Frage, in welchem Augenblick die Haftung gemäß § 98 gegenüber einem Dritten beginnt, bietet nach dem Gesagten keine Schwierigkeit mehr. Sie beginnt in dem Augenblick, in dem der Dritte Partei wird — „der Handelsmäkler haftet jeder der beiden Parteien"! —, d. h. in dem Augenblick, in welchem ein Dritter durch die auftragsgemäße Tätigkeit des H. M.s aus der großen Masse der Dritten herausgehoben und zu einem Besonderen, dem eventuellen Gegenkontrahenten wird, also in dem Moment, in welchem der Dritte die Mitteilung des H.-M.s von dem Anerbieten des Auftraggebers ohne Ablehnung seiner Dienste entgegennimmt. Eben dieses Aufsuchen eines Dritten durch den H.-M. zwecks Mitteilung und Anfrage stellt aber auch das Minimum und den Anfang des Vermittelns dar, so daß durch die Ausübung der Vermittlungstätigkeit gleichzeitig die Gegenpartei und die Haftung des H.-M.s ihr gegenüber kreiert wird.

Auf die Frage, in welchem Augenblick die Haftung gegenüber der Gegenpartei eintritt, ist demnach zu antworten:

Jede erstmalige Ausübung der Vermittlungstätigkeit erzeugt eine Gegenpartei — jeder „Partei" (also der Gegenpartei ebenso wie dem Auftraggeber) haftet der H.-M. gemäß § 98 ex contractu für Verschulden — also: die Haftung gegenüber der Gegenpartei tritt ein durch und mit dem Beginn der Vermittlungstätigkeit.

Der H.-M. tritt durch und mit jeder Ausübung seiner Berufstätigkeit zu beiden Parteien in ein Vertragsverhältnis.

Die Frage, ob diese Haftung eine notwendige und zum Begriff des H.-M.s gehörige ist, ist gleichbedeutend mit der Frage, ob § 98 jus cogens ist. Eine allgemeine Regel, wann eine Norm jus cogens ist, gibt es nicht; doch enthält ein dispositiver Rechts-

---

[1]) Ähnlich Ritter in Anm. zu § 98.

[2]) vgl. DS. S. 77: „Im Handelsverkehr gilt der Mäkler in der Regel als Vermittler beider Parteien".

satz fast stets einen Ausdruck wie „im Zweifel“, „soweit nicht anderes vereinbart ist“ usw., der besagt, daß der Eintritt dieses Rechtssatzes zur Disposition derer steht, die er angeht. Ein solcher Ausdruck fehlt hier; und außerdem geht aus dem Gesagten zur Genüge hervor, daß der § 98 einen Befehl, ein Sollen enthält. Danach ist die vertragliche Stellung des H.-M.s zu beiden Parteien eine notwendige, und seine Haftung ex contractu kann von den Parteien nicht völlig ausgeschlossen, sondern nur gemäß der allgemeinen Regel des § 276 Abs. 2 BGB. auf Vorsatz beschränkt werden. Ist diese vertragliche Stellung des H.-M.'s notwendig, so gehört sie auch zu seinem Wesen, also auch zu seinem Begriff.[1]) Warum dieser in § 93 erschöpft sein soll, wie Staub und v. Brockdorff ohne Begründung behaupten, ist nicht ersichtlich. Wird daher diese vertragliche Stellung zu einer der beiden Parteien durch Parteivereinbarung ausgeschlossen, so ist eben der Vermittler kein Handelsmäkler und die Vorschriften des 8. Abschn. HGB. finden auf ihn keine Anwendung. Ob er in solchem Fall als Zivilmäkler oder als Handlungsagent derjenigen Partei aufzufassen ist, zu der er in einem Vertragsverhältnis steht, hängt von den konkreten Umständen ab.

Wir geben also Düringer u. Hachenburg darin recht, daß der „H.-M. notwendig zu beiden Teilen, zwischen denen er vermittelt, in ein Vertragsverhältnis tritt“; die entgegenstehende Behauptung, daß die vertragliche Stellung zu beiden Parteien ebensowenig wie die objektive zum Begriff des H.-M.s gehöre, ist nach dem Vorstehenden unrichtig. Anscheinend beruht diese Behauptung Staubs nur auf der mangelnden Unterscheidung zwischen „vertraglicher“ und „objektiver“ Stellung, da er, von der zitierten Stelle[2]) abgesehen, überall nur die Notwendigkeit der „objektiven“ Stellung anzweifelt.

Streng zu scheiden von der unter allen Umständen notwendigen vertraglichen Stellung des H.-M.s zu den Parteien ist seine Stellung als objektiver und unparteiischer Mittler zwischen den Parteien. Diese Stellung folgt zwar regelmäßig aus dem beiderseitigen Vertragsverhältnis: Der H.-M. haftet beiden Parteien ex contractu, d. h. aus dem Mäklervertrage; er hat demnach gegenüber jeder der beiden Parteien die in den §§ 93 ff. normierten Rechte und Pflichten des Handelsmäklers, insbesondere die der §§ 99 und 101. Ferner finden die all-

[1]) Begriff ist nichts anderes als die gedankliche und wörtliche Fassung des tatsächlichen Wesens; jedem Wesen entspricht also ein bestimmter Begriff.

[2]) vgl. Anm. 5 S. 14.

gemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, insbesondere die der §§ 242 und 278 BGB. auf seine Schuldnerstellung gegenüber jeder der beiden Parteien Anwendung, und ebenso hat er gemäß § 347 beiden Parteien für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns einzustehen. Hieraus folgt, daß der H.-M. regelmäßig im Interesse beider Parteien tätig sein muß, d. h. als objektiver und unparteiischer Vermittler zwischen beiden fungiert.[1]) Da aber einerseits die die Rechte und Pflichten enthaltenden Normen der §§ 94 ff. zum großen Teil dispositiver Natur[2]) sind, also in dem einen Mäklervertrag durch Parteivereinbarung anders gestaltet werden können als in dem anderen, und da andrerseits die Haftung — wie wir bereits sahen — durch Parteiabrede bis auf die Haftung für dolus gemäß § 276 Abs. 2 BGB. beschränkt werden kann, so können die beiden Mäklerverträge ohne Verletzung der zwingenden Normen einen so differierenden Inhalt haben, daß von einer beiden Parteien gegenüber gleichmäßigen Stellung nicht mehr die Rede sein kann. Um dieses praktisch kaum vorkommenden, aber begrifflich möglichen Falles willen ist Staub zuzugeben, daß die objektive Stellung des H.-Ms zu beiden Parteien nicht die notwendige, sondern nur die gesetzlich dispositive, die Normalgestaltung des Falls ist. Festzuhalten ist indessen, daß diese objektive Stellung von einer Partei durch einseitige Abrede nur zu ihren Ungunsten, nie zu ihrem Vorteil und zuungunsten der Gegenpartei abgeändert werden kann.[3]) Wird der H.-M. im ausschließlichen Interesse einer Partei tätig und geriert er sich trotzdem der Gegenpartei gegenüber als Handelsmäkler, so haftet er ihr gemäß § 98 für jede Inter-

---

[1]) Unrichtig ist es m. E., wenn Düringer u. Hachenburg in Anm. 1 zu § 98 S. 547 sagen, daß der H.-M. infolge seiner objektiven Stellung in ein Vertragsverhältnis zur Gegenpartei tritt; m. E. ist umgekehrt die objektive Stellung des H.-Ms eine Folge des Vertragsverhältnisses zu jeder der beiden Parteien.

[2]) Dispositiver Natur sind insbesondere kraft der gesetzlichen Ausdrucksweise wie „sofern nicht die Parteien ihm dies erlassen“ usw. die Normen der §§ 94, 96 u. 99.

[3]) Daß die objektive Stellung des H.-M.'s auch durch Vereinbarung der beiden Parteien abgeändert werden kann, wie es Staub in Anm. 4 zu § 99 S. 406 als selbstverständlich annimmt (und ebenso Makower Anm. 1 zu § 98 S. 266), ist m. E. nicht richtig. In diesem Fall wird durch die direkten Beziehungen der einen Partei zu der Vertragsgegenpartei der H.-M. als Vermittler ausgeschaltet. Die Einwilligung der auf die gleichmäßige Interessenwahrnehmung verzichtenden Partei ist nichts anderes als die Erklärung, daß die Bestimmung der Geschäftsbedingungen in das freie Ermessen der Gegenpartei gestellt sein soll. Der H.-M. wird dann nur noch als Bote tätig und die Vorschriften der §§ 93 ff. finden keine Anwendung.

essenverletzung.[1]) „Jede Partei, welche die Dienste des H.-M.s in Anspruch nimmt, darf also die Stellung eines Unparteiischen bei ihm voraussetzen.[2])“

Der Gegensatz des H.-M.s zum H.-A. in der allgemeinen Stellung zu den Parteien ist also kurz gesagt folgender: Während der H.-A. entweder dem Angebot oder der Nachfrage, stets aber nur einer dieser Parteien (seinem „Geschäftsherrn“) vertragsmäßig dienstbar[3]) und in ihrem ausschließlichen Interesse tätig wird, vereinigt der H.-M. die Interessen beider Parteien in sich und tritt — ohne Rücksicht darauf, welche Partei sich zuerst an ihn gewandt hat — stets zu beiden in ein Vertragsverhältnis. Während bei dem H.-A. zwischen Innen- und Außenverhältnis streng zu scheiden ist, tritt der H.-M. zu jeder Partei gleichzeitig in ein Außen- und Innenverhältnis.

Wenn in dem Folgenden von der Stellung des H.-A. und des H.-M.s zu ihren Auftraggebern die Rede ist, so halte man sich also gegenwärtig, daß für den H.-M. beide Parteien als Auftraggeber gelten, während Auftraggeber des H.-A. regelmäßig nur der Geschäftsherr ist.

§ 4.

## III. Die besondere Rechtsstellung des Handlungsagenten und des Handelsmäklers zu ihren Auftraggebern.

### 1. Der Handlungsagent als „ständig Betrauter“ seines Geschäftsherrn — der Handelsmäkler als Augenblicksvermittler.

Dem Verhältnis des Handlungsagenten und des Handelsmäklers zu den Parteien im allgemeinen entspricht das besondere Verhältnis der beiden zu ihren Auftraggebern: Der H.-A. steht nur zu einer Partei in einem Vertragsverhältnis, der H.-M. zu beiden Parteien; entsprechend hat das Gesetz auch die rechtliche Bindung des H.-A. an „seine“ Partei — d. i. an seinen „Geschäftsherrn“ — intensiver und enger gestaltet als die des H.-M. an die ihn beauftragende Partei.

Der Handlungsagent ist nach § 84 „ständig betraut“, für das Handelsgewerbe eines anderen in bestimmter Weise tätig zu sein. Er steht also zu seinem Geschäftsherrn in einem auf

[1]) Anders Staub in Anm. 1 zu § 98 S. 405; dagegen ebenso Litthauer Anm. a zu § 98.

[2]) So Riesenfeld bei Gruchot S. 557.

[3]) Ähnlich Immerwahr S. 43, 1.

eine längere Zeit berechneten Vertrauensverhältnis, während dessen Dauer ihm die Interessen des Geschäfts in geringerem oder größerem Umfang anvertraut[1]) sind. Auf die tatsächliche Dauer dieses Verhältnisses kommt es ebensowenig an wie auf den Abschluß desselben für eine bestimmte Zeit; notwendig ist nur, daß es als dauernd gewollt, und dieser Wille in irgendeiner Form erklärt ist.[2]) Das Wesentliche in den Beziehungen des H.-A. zu dem Geschäftsherrn ist, daß er nicht durch Spezialaufträge zu einer Einzeltätigkeit, sondern durch generelle Betrauung vertragsmäßig zu einer dauernden Interessenwahrnehmung verpflichtet wird. Der Geschäftsherr kann zwar im Rahmen des Agenturverhältnisses dem H.-A. Sonderaufträge erteilen, aber mit dem Agenturverhältnis als solchem haben sie begrifflich nichts zu tun; ihre Erteilung oder Nichterteilung ist für die Existenz des Agenturverhältnisses irrelevant. Das Wesen des Agenturverhältnisses besteht gerade darin, daß der Vermittler „nicht von Fall zu Fall, sondern ständig mit der Geschäftsvermittlung betraut ist".[3])

Umgekehrt ist der Handelsmäkler „nicht für eine Firma als solche bestellt, sondern erhält nur einzelne Aufträge von Fall zu Fall".[4])[5]) Er ist als Augenblicksvermittler „einem unbestimmten Kreise von Handelsbetrieben (richtiger von ‚Personen', s. § 93!) dienstbar, ohne in ein ständiges Verhältnis zu bestimmten Auftraggebern zu treten".[6]) Das besagt die negative Begriffsbestimmung des § 93: „ohne ... auf Grund eines Vertragsverhältnisses ständig ... betraut zu sein". Ein allgemeines, sich über eine Reihe von Spezialaufträgen erstreckendes Vertragsverhältnis existiert zwischen dem H.-M. und seinem Auftraggeber nicht. Jeder Vermittlungsauftrag ist von dem anderen unabhängig und stellt einen selbständigen Mäklervertrag dar.

Der H.-M. ist auch nicht „betraut" wie der H.-A.; ein einseitiges Vertrauensverhältnis und eine dauernde Interessengemeinschaft mit dem einen Auftraggeber würde notgedrungen zu einer Interessenverletzung der Gegenpartei — seines zweiten Auftraggebers — führen und so seiner objektiven und vertraglichen Stellung zu beiden Parteien widersprechen.

Demnach fehlt der rechtlichen Bindung des H.-M.'s an seinen

---

[1]) Ähnlich Düringer u. Hachenburg Anm. 8 zu § 84 S. 492.

[2]) Ebenso die allgemeine Meinung, so z. B. Jacusiel, Recht des Agenten S. 8 u. 9; Staub in Anm. 7 zu § 84 S. 358 und Düringer und Hachenburg in Anm. 9 zu § 84 S. 492.

[3]) So OLG. Karlsruhe v. 17. 10. 1905 (OLGRspr. Bd. 12 S. 423ff.).

[4]) DS. S. 67.

[5]) Ebenso OLG. Hamburg in OLGRspr. Bd. 2 S. 383.

[6]) So Immerwahr S. 43, 2.

Auftraggeber im Gegensatz zu der des H.-A. die Dauer und Intensität.

---

**Anhang:** Nach diesen Ergebnissen kann uns die Streitfrage, ob die sogen. „Gelegenheitsgeschäfte", d. h. diejenigen Vermittlungsgeschäfte, wie sie von den Handlungsagenten und anderen Geschäftsleuten bei einer sich zufällig bietenden Gelegenheit, also ohne ständige Betrauung, und im einseitigen Interesse einer bestimmten Person wahrgenommen werden, den Vorschriften des 7. Abschnitts oder denen des 8. Abschnitts des 1. Buches des Handelsgesetzbuchs oder auch keiner von beiden Satzungen zu unterstellen sind, keine Schwierigkeiten bereiten.

Die Vorschriften über den H.-A., welche Düringer und Hachenburg[1]) analog angewandt wissen wollen, können keine Anwendung finden, weil gerade die dauernde Betrauung das Wesen des Agenturverhältnisses ausmacht, wie denn auch in der Reichstagskommission ein Antrag, diese Personen (bezw. Geschäfte) dem Agentenrecht zu unterstellen, ausdrücklich unter Hinweis auf die in den §§ 84 ff. geforderte ständige Verbindung zwischen dem H.-A. und dem Geschäftsherrn abgelehnt wurde.[2]) Ebensowenig können diese „Gelegenheitsgeschäfte" — wie Staub meint[3]) — den den H.-M. betreffenden Normen unterstellt werden, weil zum Wesen des H.-M. die hier fehlende vertragliche und objektive Stellung zu beiden Parteien gehört.[4])

Da wir es in vorliegender Arbeit ausschließlich mit der Behandlung des 7. und 8. Abschnitts des 1. Buches HGB. zu tun haben, so scheidet nach dieser negativen Feststellung die Frage nach der endgültigen und positiven Subsumierung solcher in der Praxis nicht selten vorkommenden Gelegenheitsgeschäfte, über die besonders zwischen den Ausführungen von Albrecht u. Tentler, Goldmann und dem Kommissionsbericht Streit besteht,[5]) aus unserer Betrachtung aus.

## 2. Der Umfang des Geschäftskreises und der Vertretungsmacht des Handlungsagenten und Handelsmäklers.

Der stärkeren Intensität des Agenturverhältnisses gegenüber dem Vertragsverhältnis des H.-M. zu seinem Auftraggeber ent-

---

[1]) vgl. Düringer u. Hachenburg Anm. 10 zu § 84 S. 492.
[2]) vgl. Komm.-Ber. S. 51.
[3]) vgl. Staub Anm. 7 zu § 84 S. 358.
[4]) Ähnlich Albrecht u. Tentler S. 15 ff. und Goldmann Anm. 1 bb zu § 84 S. 400.
[5]) vgl. die in Anm. 2 u. 4 zitierten Stellen.

spricht ein größerer Umfang des Geschäftskreises des H.-A. In doppelter Beziehung greift dieser über den Kreis der Geschäftsbesorgungen, die der H.-M. gesetzlich im Namen seines Auftraggebers zu verrichten hat, hinaus: 1. durch die Art der Tätigkeit des H.-A. und 2. durch die Gesamtheit der seiner Tätigkeit unterliegenden Gegenstände.

Der Handelsmäkler kann nach § 98 nur vermitteln; der Handlungsagent kann nach § 84 über eine bloße Vermittlung hinaus zu selbständigem Abschluß befugt sein. Was das Gesetz unter „vermitteln" versteht, sagt es nicht; nur aus dem Gegensatz zwischen Handelsmäkler und Zivilmäkler, aus der Abweichung des § 93 HGB. von dem § 652 BGB.[1]) läßt sich der Schluß ziehen, daß es sich dabei um mehr als eine Nachweistätigkeit handelt.[2]) Der allgemeine Sprachgebrauch legt dem Wort „vermitteln" verschiedene Bedeutung bei; insbesondere hat es bald den Sinn einer auf den Ausgleich widerstreitender Interessen gerichteten Tätigkeit, bald die Bedeutung einer bloßen Aneinanderbringung zweier einander bisher fremder Personen. Von dem „Nachweis der Gelegenheit" unterscheidet sich die letztgenannte Tätigkeit dadurch, daß sie nicht einseitig dem Auftraggeber einen Interessenten nachweist, sondern auch diesen — d. i. die Gegenpartei — von der Existenz und den Wünschen des Auftraggebers in Kenntnis setzt und so durch einen wechselseitigen Nachweis beide Parteien miteinander in Verbindung bringt. Ob die eine oder andere oder ob beide Tätigkeiten — der gegenseitige Nachweis oder (resp. „und") die Ausgleichung der widerstreitenden Interessen — in obligatione ist, entscheiden die privaten Bestimmungen des konkreten Mäklervertrags. Dem Begriff des Vermittelns, der in § 84 kein anderer ist als in § 93, entsprechen m. E. beide Tätigkeiten in Ermanglung einer entgegenstehenden gesetzlichen Bestimmung.[3])

Während nun aber der H.-A. auch zum selbständigen Abschluß dauernd ermächtigt sein kann und dadurch zugleich Vertreter des Geschäftsherrn im Sinn der §§ 164 ff. BGB. und Handlungsbevollmächtigter[4]) im Sinn des § 54 HGB. wird, kann der H.-M. niemals durch einen Mäklerauftrag die Vollmacht erhalten, den Auftraggeber rechtlich zu binden; seine Aufgabe erschöpft sich vielmehr in der Vermittlung des Vertragsabschlusses.

---

[1]) s. dazu DS. S. 76.

[2]) Ebenso Litthauer Anm. a zu § 93 S. 112/13.

[3]) Ähnlich Staub in Anm. 3 zu § 93 S. 398, der sich dabei — wenigstens bezüglich des H.-M. — auf den Handelsgebrauch stützt. Wesentlich enger Cosack zu § 51 III, 2.

[4]) Ähnlich DS. S. 69.

„Ist ihm eine solche Vollmacht besonders erteilt, so fällt seine auf Grund der Vollmacht unternommene Tätigkeit nicht unter die Normen des Mäklervertrags.“ [1])

Wann und in welchem Umfang eine solche Bevollmächtigung des H.-A. zum Abschluß vorliegt oder als vorliegend gilt, ist unter Zugrundelegung der allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Vollmachterteilung — insbesondere die §§ 167, 171, 172 BGB. — nach den Umständen des Falls zu entscheiden. Da nach herrschender Meinung eine Vollmacht auch stillschweigend erteilt werden kann, so ist bei dieser Beurteilung besonders auf die Handelssitte Rücksicht zu nehmen. Von einer gesetzlichen Präsumtion, daß der H.-A. im Zweifel als Handlungsbevollmächtigter zu gelten habe, haben die Verfasser des Handelsgesetzbuches absichtlich „als den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechend und unter Umständen zu einer schweren Gefährdung des Geschäftsherrn führend“ [2]) Abstand genommen. Andrerseits wird der Gesetzgeber in Anerkennung der für dritte Personen bestehenden Schwierigkeit, den Vermittlungsagenten vom Abschlußagenten zu unterscheiden und in Berücksichtigung der vom Gesetz selbst normierten „dauernden Betrauung“, die einen Dritten leicht geneigt macht, den Handlungsagenten als Vertreter des Geschäftsherrn aufzufassen, dem schutzbedürftigen Vertrauen dritter Personen durch die Bestimmung des § 85 gerecht. Nach dieser gilt ein von einem sich fälschlicherweise als Abschlußagenten gerierenden H.-A. mit dem Dritten abgeschlossenes Geschäft als von dem Geschäftsherrn genehmigt, wenn dieser unverzüglich — d. h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 BGB.) — nach erlangter Kenntnis das Geschäft ablehnt. Während also nach § 177 BGB. Abs. 1 der durch einen Pseudovertreter Vertretene erst durch ein positives Tun — die Genehmigung — dem Dritten verpflichtet wird, wird er hier schon durch mangelnde oder nicht rechtzeitige Ablehnung des Geschäfts — also durch eine Unterlassung — verpflichtet. Darin liegt die Bedeutung des § 85. Im übrigen finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über die „Vertretung ohne Vertretungsmacht“ — insbesondere die §§ 177 Abs. 2, 178 u. 184 — unverändert Anwendung.[3]) Lehnt der Geschäftsherr das Geschäft rechtzeitig ab, so haftet der H.-A. dem Dritten als Pseudovertreter nach § 179 BGB.

Unter den gesetzlichen Bestimmungen über den Handelsmäkler fehlt eine dem § 85 entsprechende Vorschrift, weil der

---

[1]) So Jacusiel, Recht der Mäkler S. 3, 2.
[2]) So DS. S. 69.
[3]) s. darüber das Nähere bei Staub Anm. 3 zu § 85 S. 365.

H.-M. niemals als solcher abschließen kann und so die Gefahr einer Täuschung der Gegenpartei durch fälschliche Vorgabe einer Abschlußvollmacht geringer ist. Ein schutzbedürftiges Interesse ist um so weniger vorhanden, als der H.-M. auch zur Gegenpartei in einem Vertragsverhältnis steht und ihr für Interessenverletzung ex contractu haftet.

Wird schon durch die beiden verschiedenen Möglichkeiten der Betätigung dem H.-A. durch das Agenturverhältnis begrifflich ein weiterer Geschäftskreis zugewiesen als dem H.-M. durch den Mäklervertrag, so wird dieser Unterschied noch erheblich vergrößert durch die Verschiedenheit der ihrer Vermittlung unterliegenden Gegenstände. Während der Handlungsagent nach § 84 Geschäfte jeder Art vermitteln kann, wofern die Vermittlung nur für das Handelsgewerbe eines anderen erfolgt, kann der H.-M. nach § 93 nur die Vermittlung von Verträgen und auch hier wiederum nur über einen beschränkten Kreis von Gegenständen übernehmen. Der Umstand aber, daß der H.-M. nicht wie der H.-A. darauf beschränkt ist, für das „Handelsgewerbe eines anderen“ tätig zu sein, sondern Vermittlungen für jede beliebige Person, also auch für Nichtkaufleute, übernehmen kann, bewirkt nicht eine Erweiterung des ihm auf Grund des einzelnen Vertragsverhältnisses zugewiesenen Geschäftskreises, sondern erhöht für ihn nur die Zahl der Verbindungsmöglichkeiten. Ein in der Kommission gestellter Antrag, auch dem H.-A. die Vermittlung für „andere“, also für jeden beliebigen zu überlassen, wurde unter Betonung des inneren Zusammenhangs von „dauernder Interessenvertretung“ und „Handelsgewerbe“ abgelehnt.[1]) Bei dem H.-M., der eben in keinem dauernden Vertragsverhältnis zu seinem Auftraggeber steht, lag kein Grund vor, den Kreis seiner Auftraggeber in gleicher Weise zu beschränken.

Im einzelnen ist zu den erwähnten Gesetzesbestimmungen aus den §§ 84 u. 93 noch folgendes zu sagen: Die Worte „für ein Handelsgewerbe“ im § 84 bedeuten, daß der Auftraggeber des H.-A. ein Kaufmann sein muß. Gemäß §§ 2 u. 3 Abs. 2 können auch Soll- und Kannkaufleute „Geschäftsherren“ des H.-A. sein. Gegenstand der Vermittlungstätigkeit des H.-A. sind demnach alle zum Gewerbebetrieb eines Kaufmanns gehörende Geschäfte, die sogen. „Handelsgeschäfte“ (§ 343!), — also sowohl die Grundhandelsgeschäfte wie die sogen. Hilfsgeschäfte eines Kaufmanns.

Dagegen ist es für die Anwendbarkeit der §§ 93 ff. weder

---

[1]) vgl. Komm.-Ber. über den Entwurf eines HGB. S. 47/48.

erforderlich noch ausreichend, daß der zu vermittelnde „Vertrag“ ein Handelsgeschäft ist.[1]) Es ist nicht erforderlich, da der Auftraggeber als „anderer“, wie gesagt, kein Kaufmann zu sein braucht, und nicht ausreichend, da beispielsweise auch die durch § 93 Abs. 2 aus dem Tätigkeitsgebiet des H.-M. ausdrücklich ausgeschlossene Vermittlung von Grundstücken ein Handelsgeschäft sein kann; so, wenn die Vermittlung für eine Immobilienbank erfolgt. Vielmehr müssen Gegenstand des zu vermittelnden Vertrags „Gegenstände des Handelsverkehrs“ sein. Von diesen zählt das Gesetz im § 93 einige namentlich auf und beschränkt ihren Kreis auf bewegliche Sachen; einen besonderen und spezifisch juristischen Maßstab für die Entscheidung, wann eine Sache oder ein Recht[2]) Gegenstand des Handelsverkehrs ist, gibt das Gesetz indessen nicht. Auch den vom Gesetz angeführten Beispielen ist nichts gemeinsam als der Umstand, daß sie tatsächlich insgesamt Gegenstände des Handelsverkehrs sind. Eben hier wollte der Gesetzgeber hinaus: indem er die Vermittlungstätigkeit des H.-M. auf Gegenstände des Handelsverkehrs beschränkt, prägt er keinen originär-juristischen Begriff, sondern erhebt eine Tatsache des Wirtschaftslebens zu einer juristischen Tatsache; allem begrifflichen und fiktiven abhold, läßt er das tatsächliche Sein entscheiden. Das Gesetz macht keine Gegenstände des Handelsverkehrs, sondern — solches dem Wirtschaftsleben überlassend — begnügt es sich, den Resultaten wirtschaftlicher Gestaltungskraft eine rechtliche Bedeutung zu geben.

Ob die Tatsache, daß ein Gegenstand Gegenstand des Handelsverkehrs ist, vorliegt, darüber hat der Richter in jedem einzelnen Fall selbständig zu entscheiden. Dem Gesetzgeber war eine erschöpfende Aufzählung dieser Gegenstände wegen der Unbeständigkeit der wirtschaftlichen Erscheinungen von vornherein unmöglich, und auch die Kommentatoren beschränken sich darauf, Gegenstände, die sich nach der allgemeinen Auffassung des Verkehrslebens als „Gegenstände des Handelsverkehrs“ herausgebildet haben, aufzuzählen. Was gestern noch Gegenstand des Handelsverkehrs war, ist heute veraltet und aus dem Handelsverkehr ausgeschieden, was heute noch unbekannt, noch nicht entdeckt oder erfunden ist, ist morgen marktgängige Ware. Hier beginnt die ergänzende, rechtsschöpferische Tätigkeit der Rechtsprechung: mag auch für den

---

[1]) Ebenso DS. S. 75.

[2]) Ebenso Düringer u. Hachenburg Anm. 7 zu § 93 S. 533 u. Staub Anm. 4 zu § 93 S. 398.

Richter die Entscheidung über das Vorliegen der Tatsache des „Handelsverkehrsgegenstand-Seins“ oftmals und besonders da, wo es sich um Luxus- oder Kunstgegenstände sowie um technische Errungenschaften handelt, schwierig sein,[1]) so wird er doch, event. mit Hilfe eines Sachverständigen, imstande sein, in jedem Einzelfall zu einem billigen, dem Verkehrsleben angepaßten Urteil zu gelangen — eben das, was dem Gesetzgeber unmöglich war. Auch in Zukunft wird es Sache der Rechtsprechung bleiben müssen, im Einzelfall eine Entscheidung zu geben.

## 3. Der Agentur- und Handelsmäklervertrag als begründender Akt des Handesagentur- bezw. Handelsmäklerverhältnisses.

### a) Die juristische Konstruktion der beiden Verträge.

Der größeren Festigkeit und Dauer des Agenturverhältnisses gegenüber dem auf eine kurze und weniger intensive rechtliche Bindung gerichteten Verhältnis zwischen dem H.-M. und seinem Auftraggeber entspricht der Unterschied in der rechtlichen Struktur der diese Verhältnisse begründenden Verträge, des Agenturvertrages und des Handelsmäklervertrages.

Es handelt sich in folgendem nicht um einen konkreten Handelsagentur- oder Handelsmäklervertrag, der als solcher naturgemäß gerade umgekehrt wie in obigem Satz den Vertragsinhalt bestimmen würde, sondern um die Frage nach der rechtlichen Behandlung des Handelsagentur- und Handelsmäklervertrages überhaupt, um die Frage, ob sie als contractus sui generis aufzufassen oder einem der bestehenden Nominatkontrakte einzuordnen sind. Zur Beantwortung dieser rein wissenschaftlichen Frage bedurfte es der vorangegangenen Feststellung des materiellen Rechtsverhältnisses, denn der Gegenstand, der Inhalt bestimmt die Form, nicht umgekehrt. Dem auf das Praktische gerichteten Gesetzgeber liegt es im allgemeinen fern, den Vertrag als ein absolutes Gebilde, als reine Form zu konstruieren, die dann von den Gesetzunterworfenen mit einem ihnen genehmen Inhalt gefüllt werden kann. Er bestimmt vielmehr, was Gegenstand einer besonderen Vertragskategorie ist, und überläßt der Wissenschaft, aus dem auf diese Weise festgelegten, materiellrechtlichen Verhältnis zweier Personenkreise die Art des Vertrages zu folgern, sie zu konstruieren. Insofern spricht

---

[1]) Man denke an Automobile, Luftfahrzeuge usw.

der an den Eingang gestellte Satz nicht nur eine Tatsache, sondern eine notwendige Folge aus.[1])

Inhalt des Agenturvertrages ist nach unseren Ausführungen die ständige Betrauung mit der Vermittlung oder Abschließung von Geschäften. Danach ist die Tätigkeit des H.-A. auf eine Geschäftsbesorgung für seinen Geschäftsherrn gerichtet. Inhalt der Verpflichtung ist indessen nicht die Errichtung eines bestimmten Werkes, sondern die dauernde Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn. Diese Übernahme von fortdauernden, auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstleistungen charakterisiert den Agenturvertrag als einen auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrag,[2]) auf den — abgesehen von den in erster Linie Anwendung findenden Vorschriften der §§ 84 ff. HGB. — im besonderen das im § 675 BGB. als maßgeblich bezeichnete Recht und in Ergänzung die

---

[1]) Daher erscheint auch die vielfach übliche Disposition: „a) Konstruktion b) Gegenstand des Vertrages", deren sich selbst Immerwahr (vgl. s. Inhaltsverzeichnis §§ 3 u. 4) bedient, als grundsätzlich und in doppeltem Sinn falsch, da nicht nur in umgekehrter Weise die Frage nach der Konstruktion des Vertrages von der Feststellung seines allgemeinen Inhalts abhängig ist, sondern auch der Gegenstand des Vertrages nicht durch Konstruktionen sondern durch Rechtsnormen bestimmt wird. Dennoch steckt in der Disposition Immerwahrs eine richtige Erkenntnis: nämlich die, daß für die Rechte Pflichten und Befugnisse der Agenten und Mäkler außer den im 7. und 8. Abschnitt des 1. Buches HGB. unmittelbar gegebenen Normen möglicherweise noch weitere Vorschriften bestimmend sind, die erst durch die Vertragskonstruktion gefunden werden können. So erweitert sich z. B. die Zahl dieser Normen sofort, wenn sich herausstellen sollte, daß der Handelsagentur- bezw. Handelsmäklervertrag in die Kategorie des Dienstvertrages fällt, um die in den §§ 611 ff. BGB. gegebenen Bestimmungen. Aber die Geltung dieser Bestimmungen für den Handelsagentur- bezw. Handelsmäklervertrag ist nicht eine Folge dieser Konstruktion, sondern die Konstruktion ist nur das wissenschaftliche Hilfsmittel zu ihrer Auffindung. Sie finden Anwendung kraft eigenen Rechts; und bestehen bleibt nach wie vor, daß von einer Konstruktion des Agentur- bezw. Mäklervertrages nicht eher die Rede sein kann, als bis der allgemeine Inhalt, das Agentur- bezw. Mäklerverhältnis festgestellt ist. Demgemäß mußte unsere Disposition, wie geschehen, von der Begründung des Wesens des Agentur- und Mäklerverhältnisses ausgehen, dem zugleich die überragende Bedeutung deshalb zukam, weil es sich um einen Vergleich handelt. Hieran konnte sich die Konstruktion des Handelsagentur- und des Handelsmäklervertrages schließen. Diese wird dann für die im Anschluß hieran zu behandelnden, einzelnen Rechte, Pflichten und Befugnisse der beiden Rechtstypen zu den unmittelbar im 7. und 8. Abschnitt gegebenen Normen noch etwaige, in anderen Gesetzen befindliche Bestimmungen ermitteln.

[2]) Ebenso Staub Anm. 4 a zu § 84 S. 357 und die herrschende Meinung; abweichend Planck Bd. 2 S. 556 Ziff. 3, der ohne nähere Begründung den Agenturvertrag als einen contractus sui generis behandelt und einzelne den Dienst- und Werkvertrag betreffende Vorschriften auf ihn angewendet wissen will.

Vorschriften über den Dienstvertrag, die §§ 611 ff. BGB. anzuwenden sind. Hieran ändert nichts, daß in Ermangelung einer entgegengesetzten Vereinbarung die Vergütung für die Dienste des H.-A. nach dem Erfolg — gewöhnlich in einer Wertquote des abgeschlossenen und effektuierten Geschäfts — bemessen wird und ebensowenig steht dieser Konstruktion der weitere Umstand entgegen, daß der H.-A. als selbständiger Kaufmann nicht in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Geschäftsherrn tritt. Denn wie das Reichsgericht treffend ausführt: „Das Bürgerliche Gesetzbuch hat eine bestimmte Art der Vergütung nicht zum begrifflichen Merkmal des Dienstvertrages erhoben, und nach ihm gehört es auch nicht zum Wesen dieses Vertrages, daß der Dienstverpflichtete seine Dienste in einem Abhängigkeitsverhältnis zu dem Dienstberechtigten leiste".[1])

Die gemeinrechtliche Kontroverse über die Klassifizierung des Agenturvertrags kann heute auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuchs als entschieden gelten. Das Bürgerliche Gesetzbuch umfaßt als Gegenstand des Dienstvertrags im Gegensatz zur locatio conductio operarum des gemeinen Rechts „Dienste jeder Art",[2]) insbesondere auch solche, die kein Abhängigkeitverhältnis des Dienstverpflichteten voraussetzen. Der Agenturvertrag kann daher zwanglos unter die „auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstverträge" eingereiht werden.[3])

Dagegen ist der Streit um die Konstruktion des Mäklervertrages, der schon im gemeinen Recht eine Rolle spielte, auch unter der Herrschaft des neuen Rechts nicht zur Ruhe gekommen. Einigkeit herrscht in der einschlägigen Literatur nur darüber, daß der Handelsmäkler als eine Unterart des Mäklers anzusehen ist und dementsprechend die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Mäklervertrag (§§ 652 ff. BGB.) ergänzend Anwendung finden, „soweit nicht die Verschiedenheit der rechtlichen Konstruktion der beiden Arten von Mäklertätigkeit solche Ergänzungsanwendung ausschließt".[4]) Diese Einschränkung folgt aus Art. 2 EG. z. HGB.

Der H.-M. unterscheidet sich prinzipiell von dem Mäkler des Bürgerlichen Gesetzbuchs einmal durch die Beschränkung

---

[1]) So RG. v. 14. 1. 1908 (Gruchot Bd. 52 S. 990).

[2]) So § 611 BGB. Abs. 2.

[3]) Ebenso Staub in Anm. 4 zu § 84 S. 357; Düringer u. Hachenburg in Anm. 3 u. 10 in Vorbem. zu §§ 84 ff.; Immerwahr § 3 S. 8 ff. und insbes. Albrecht u. Tentler S. 21 ff. und RG. Bd. 63 S. 73.

[4]) So Staub, Einl. zu § 93 S. 397 und ähnlich Dernburg § 337 IV; Düringer u. Hachenburg Anm. 8 in Vorbem. zu §§ 93 ff. S. 526 und Makower § 93 II S. 260.

seiner Tätigkeit auf „Vermittlung“, sodann durch die Einschränkung der seiner Vermittlung unterliegenden Gegenstände auf „Gegenstände des Handelsverkehrs“ und endlich durch die vertragliche Stellung zu beiden Parteien. Demgemäß kommen von den Vorschriften über den Mäklervertrag nur zur Anwendung die §§ 652 u. 653 BGB., der erstere noch mit der Änderung, daß das Versprechen einer Belohnung für die Vermittlung (nicht auch für den Nachweis der Gelegenheit . . .) eines Vertrags erfolgt sein muß.

Der Streit dreht sich nun im wesentlichen darum, ob der Mäklervertrag ein einseitig oder zweiseitig verpflichtender Vertrag ist, und im einzelnen darum, ob aus dem Vertrag der H.-M. zur Tätigkeit und der Auftraggeber zur Annahme der Tätigkeit, insbesondere zur Schließung des dargebotenen Vertrags verpflichtet ist.

Nach Staub ist der Mäklervertrag „ein Vertrag, inhalts dessen sich jemand zu einer Leistung verpflichtet für den Fall, daß ein anderer (der Mäkler) durch seine Tätigkeit einen von dem ersteren begehrten Vertragsabschluß zustande bringt“.[1]) Diese Konstruktion ist in sich widerspruchsvoll und entspricht nicht dem Gesetz. Dem Wortlaut nach bezeichnet sie den Mäklervertrag als eine (durch das Versprechen eines Mäklerlohns vollzogene) Verpflichtung gegenüber einem unbestimmten Personenkreis und erscheint so als ein Rechtsgebilde sui generis, das in seinem unbestimmten Charakter sich noch am ehesten mit der Auslobung vergleichen läßt. Jedenfalls ist es kein Vertrag, denn ein solcher verlangt das bewußte, auf einen gemeinsam gewollten Rechtserfolg gerichtete Zusammenwirken zweier oder mehrerer bestimmter Personen. Aber auch der Auslobung, dem einzigen bekannten, einseitigen Rechtsgeschäft, bei welchem das nicht angenommene Versprechen eine Obligation erzeugt, entspricht das von Staub konstruierte Gebilde nicht. Zwar stimmt es in allen wesentlichen Zügen, so darin mit der Auslobung überein, daß auch sie in einem an einen unbestimmten Personenkreis gerichteten Versprechen besteht und daß auch bei ihr eine Verpflichtung des Versprechenden nicht schon mit der Verlautbarung des Versprechens sondern erst mit der Vornahme der verlangten Handlung entsteht,[2]) aber es fehlt das Erfordernis der Publizität.

Tatsächlich scheint Staub bei seiner Konstruktion an die Auslobung gedacht zu haben, indem er auch an anderer Stelle dem Auftraggeber bis zum Abschluß des zu vermittelnden Ver-

---

[1]) So Staub Exk. vor § 93 Anm. 9 S. 384.
[2]) vgl. § 658 Abs. 1 BGB. und Endemann Bd. 1 § 177 Ziff. 2 S. 1116.

trages ein unbeschränktes Widerrufsrecht einräumt.[1]) Auch die weiteren Folgerungen, die Staub aus seiner Konstruktion zieht, lassen darauf schließen, daß ihm in Wahrheit kein Vertrag, sondern nur ein einseitiges Rechtsgeschäft vorgeschwebt hat, sei dies nun eine der Auslobung ähnliche Verpflichtung oder das Lohnversprechen gegenüber einem bestimmten Dritten für den Fall, daß er tätig werde, und seine Tätigkeit den begehrten Erfolg habe, das bedeutet: ein bloßer Vertragsantrag! Nur so wird verständlich, daß Staub zu dem Schluß kommt, der Mäklervertrag sei nur ein allgemeiner Begriff, der auch das rechtliche Gewand eines Dienst- oder Werkvertrags annehmen könne.[2]) So erklärt es sich auch, daß Staub es als das „Recht beider Teile" (d. h. des Mäklers und seines Auftraggebers) bezeichnet, „tätig zu sein oder nicht, die Tätigkeit entgegenzunehmen oder nicht".[3]) Hierbei geht Staub sogar über die für die Auslobung geltende Freiheit des Widerrufs noch hinaus; denn während der Auslober durch die Herbeiführung eines objektiven Erfolgs zur Zahlung der versprochenen Belohnung an den Vollbringer der Handlung verpflichtet wird, läßt Staub die gleiche Verpflichtung des Auftraggebers gegenüber dem Mäkler bis zuletzt von dessen (des Auftraggebers) Willkür abhängen, indem er dem Auftraggeber das Recht gibt, einen ihm durch die Vermittlung des Mäklers angebotenen Vertrag jederzeit abzulehnen, und das auch dann, wenn er den von ihm selbst aufgestellten Bedingungen entspricht. Dieses Resultat erscheint unbillig und nicht weniger unbefriedigend als die Konstruktion selbst.

Der Mäklervertrag ist indessen, wie das Gesetzeswort sagt, ein Vertrag, und zwar — wie schon aus der besonderen Aufstellung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs hervorgeht — ein contractus sui generis, ein besonderer Nominatkontrakt, eben der „Mäklervertrag"! Als solcher verlangt er die wechselseitig ausgetauschten, übereinstimmenden Willenserklärungen von zwei oder mehreren bestimmten Personen. Daß der Mäklervertrag, je nachdem der Mäkler sich verpflichtet, tätig zu sein oder einen Erfolg herbeizuführen, bald eine Verwandtschaft mit dem Dienstvertrag, bald mit dem Werkvertrag zeigt, ändert an seiner Sonderart nichts.[4]) Diese Sonderart besteht in der Eigentümlichkeit der gegen das Versprechen eines Lohns übertragenen Leistung

---

[1]) vgl. Staub Exk. vor § 93 Anm. 17 S. 387.
[2]) vgl. Staub Exk. vor § 93 Anm. 2 S. 382.
[3]) vgl. Staub Exk. vor § 93 Anm. 2 S. 382.
[4]) Gegen Staub wendet sich m. E. treffend Lotmar S. 282: „Auch stellen sich Dienstvertrag und Werkvertrag nicht als besondere Gewänder dar, die von anderen Verträgen angelegt werden können".

— der Vermittlung —, deren besonderen Charakter das Gesetz dadurch berücksichtigt, daß es sie aus den dem Dienst- oder Werkvertrag unterliegenden Geschäftsbesorgungen aussondert und besonderen Regeln unterstellt.

Zum Mäklervertrag gehört hiernach gemäß § 652 BGB. nicht nur das einseitige Versprechen eines Lohns gegenüber einer oder mehreren bestimmten Personen „für die Vermittlung eines Vertrags" schlechtweg — nicht wie Staub sagt, „für den Fall der Vermittlung" —, sondern auch die Annahme dieses Versprechens seitens des betreffenden Mäklers. Da das Versprechen aber kein Schenkungsversprechen, sondern das Versprechen für eine Leistung, und zwar für ein Tun ist und sich also als ein auf Tätigkeit gerichteter Vertragsantrag darstellt, so entsteht durch die Annahme dieses Antrages seitens des Mäklers eine wechselseitige Verpflichtung, ein gegenseitiger, d. h. ein auf einen Austausch von Leistungen gerichteter Vertrag (contractus bilateralis aequalis),[1]) auf welchen, soweit nicht die §§ 93 ff. HGB. und §§ 652, 653 BGB. etwas Besonderes bestimmen, die §§ 320 ff. BGB. Anwendung finden. Jeder der beiden Kontrahenten ist zugleich Gläubiger und Schuldner. Eine Abstrahierung des Lohnversprechens von der Gegenleistung, wie Staub will, ist hiernach nicht angängig und eine einseitige Berechtigung des Mäklers aus demselben nicht möglich. Der Charakter des Mäklerlohns als einer Gegenleistung kommt im übrigen auch in dem Wort „Vergütung" des § 653 Abs. 2 BGB. zum Ausdruck, und im Abs. 1 desselben Paragraphen ist ausdrücklich von der „dem Mäkler übertragenen Leistung" die Rede.[2])

Die aus dem Mäklervertrag als einem wechselseitigen Vertrag fließenden gegenseitigen Verbindlichkeiten haben im einzelnen folgendes Aussehen:

Bei dem Mäkler besteht sie in einer Verpflichtung zur Bemühung um das Zustandekommen des Vertrags. Die Einwendung, daß diese Leistung ihrer Natur nach unbestimmbar sei und daher gar nicht in obligatione sein könne, weist Crome m. E. richtig mit dem Hinweis zurück, daß diese Leistung nicht weniger bestimmt sei als jede versprochene Betätigung der freien Geisteskraft — z. B. des Rechtsanwalts, Lehrers und Arztes, welche Gegenstand eines gültigen Kontraktes sein können —. Der Mäkler sei verpflichtet, sich den Umständen entsprechend für das Zustandekommen des Vertrages zu bemühen. Dies sei seine dem

---

[1]) So auch Dernburg § 338.
[2]) Ebenso Lotmar S. 284.

Verkehr sattsam bekannte Obliegenheit.[1]) Was im konkreten Fall den Umständen entspricht, entscheidet die Verkehrssitte.[2])

Gegenstand der Verbindlichkeit des Auftraggebers ist die Zahlung des versprochenen Lohnes. Diese Verbindlichkeit wird nach den allgemeinen Regeln über die rechtliche Bedeutung von Antrag und Annahme mit der Annahme des Versprechens eines Mäklerlohns durch den betreffenden Mäkler, d. h. durch den Vertragsabschluß selbst erzeugt. Die gegenteilige Ansicht Staubs, daß nämlich eine rechtswirksame Verbindlichkeit des Auftraggebers erst mit dem (durch den Mäkler veranlaßten) Zustandekommen des (begehrten) Vertrages zur Entstehung gelange, findet im Gesetz keinen Anhalt. Denn nicht die Verbindlichkeit des Versprechens selbst, sondern nur die Erfüllungspflicht hat der Gesetzgeber an eine Voraussetzung geknüpft.[3]) Es hieße die ganze Lehre vom Vertrage, insbesondere von der Wirkung des Vertragsabschlusses — nämlich u. a. der Entstehung einer dem Antrag entsprechenden dauernden Verpflichtung des Antragstellers — über den Haufen werfen, wollte man dem „Wenn"-Satz in § 652 BGB. die von Staub unterlegte Bedeutung geben. Die vom Gesetzgeber nach § 652 BGB. für die Erfüllungspflicht statuierte Voraussetzung ist aber grade dem gegenseitigen Vertrage wesentlich und bestätigt so unsere aus einem anderen Grunde[4]) gezogene Folgerung, daß der Mäklervertrag ein synallagmatischer Vertrag ist. Bei diesem kommen die Verpflichtungen, wie notwendigerweise bei jedem Vertrag, mit dem Vertragsabschluß selbst zu rechtsgültiger Entstehung, aber die Verpflichtungen stehen derartig in einem „wechselseitig gebundenen Austauschverhältnis" zueinander, daß die Erfüllungspflicht von der Erfüllung des Gegenkontrahenten abhängig ist: beide Leistungen sind Zug um Zug[5]) zu bewirken. „Wer schlechthin Erfüllung seiner Ansprüche verlangt, begehrt mehr als ihm gebührt. Der Schuldner darf sich darauf berufen, daß er nur zu gleichzeitigem Austausch der Erfüllungsleistungen verbunden ist."[6])

Dieser Eigenart des gegenseitigen Vertrages entspricht der Gesetzgeber beim Mäklervertrag dadurch, daß er das Er-

---

[1]) So Crome: Die partiarischen Rechtsgeschäfte S. 417; ebenso im Resultat: Crome, System des bürgerl. R. Bd. 2 S. 709; Dernburg § 338 II.

[2]) s. § 242 BGB.

[3]) vgl. § 652 BGB.: „Wer ... für die Vermittlung eines Vertrages einen Mäklerlohn verspricht, ist zur **Entrichtung** des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge ... der Vermittlung des Mäklers zustande kommt".

[4]) vgl. S. 31 Abs. 2.

[5]) So nach § 320 Satz 1 BGB.

[6]) vgl. Endemann Bd. 1 § 125 Ziff. 1 S. 700.

füllungsbegehren des Mäklers abhängig macht von der Bewirkung der Erfüllung des Gegenanspruchs.

Allein hierin ist die Bedeutung des „Wenn"-Satzes nicht erschöpft. Der Gesetzgeber macht vielmehr die Erfüllungsverpflichtung des Auftragsgebers außer von der Erfüllung des Mäklers, d. h. von der Ausübung einer auf das Zustandekommen des begehrten Vertrages gerichteten Tätigkeit, noch von der Tatsache des Zustandekommens selbst abhängig. Dieser Zusatz vermag an der von uns in resultatlicher Übereinstimmung mit Dernburg vorgenommenen Konstruktion des Mäklervertrages als eines gegenseitigen, selbständigen Vertrages nichts zu ändern, sondern bringt ihn nur insofern in eine Verwandtschaft zum Werkvertrag, als hiernach der Auftraggeber nicht schon für resultatlose Dienste, sondern nur für die Bewirkung eines Erfolges zahlungspflichtig ist.[1]) Staubs Lehre von dem freien Recht des Auftraggebers, die Tätigkeit des Mäklers nach Belieben abzulehnen, findet in ihm keine Stütze. Er besagt dem Wortlaut nach so wenig etwas für dieses angebliche Recht wie dagegen. Gegen die Annahme dieses freien Rechts aber sprechen nicht nur die Gründe, aus denen wir den Mäklervertrag als einen gegenseitigen Vertrag kennzeichnen zu müssen glaubten, sondern auch der Umstand, daß es eine starke Zumutung bedeutet, dem Gesetzgeber zuzutrauen, er habe mit dem fraglichen Konditionalsatz des § 652 BGB. dem Auftraggeber einen Fingerzeig geben wollen, wie er sich durch fraudulose Nichtannahme des ihm vom Mäkler unter den geforderten Bedingungen angebotenen Vertrags der Lohnzahlung entziehen könne. Ein derartiges Gesetz wäre nicht nur in seinen Folgen unbillig sondern auch unmoralisch.

Zu dem gleichen Resultat wie wir kommt auch Lotmar, indem er gemäß § 157 BGB. die Vorschrift des § 162 BGB. Abs. 1 — wonach der Eintritt der Bedingung für den Fall, daß er von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird, als geschehen gilt — auch auf den (vorliegenden) Fall „der gesetzlichen Vertragsbedingung analog angewandt wissen will.[2]) Diese Konstruktion erscheint kaum hinreichend begründet; richtig aber ist, daß gemäß § 157 BGB. überall dort, wo eine entgegenstehende Verkehrssitte nicht existiert, nach Treu und Glauben ein konkreter Mäklervertrag so auszulegen ist, daß es nicht in die Willkür

[1]) Vom Werkvertrag scheidet den Mäklervertrag der Umstand, daß bei letzterem die Erfolgsbewirkung außerhalb der Vertragspflichten des Mäklers liegt.

[2]) vgl. Lotmar Bd. 1 S. 285.

des Auftraggebers gestellt ist, sich durch unbegründete Nichtannahme des angebotenen Vertrages von der Lohnzahlungspflicht zu befreien.

So kommen wir zu einem wesentlich anderen Resultat als Staub, dessen Tendenz offenbar dahin geht, einer gelegentlich im Verkehr geltenden Anschauung, weder den Mäkler als zur Tätigkeit verpflichtet noch den Auftraggeber als zur Annahme derselben verpflichtet anzusehen, durch eine besondere — m. E. verfehlte — Konstruktion des Mäklervertrages eine rechtliche Unterlage zu geben. Dieser Verkehrsanschauung läßt sich, soweit sie sich zu einer festen, wenn auch örtlich beschränkten Verkehrssitte ausgewachsen hat, auf ungezwungenere Weise gerecht werden:

Es kann nämlich das Versprechen eines Mäklerlohns für die Vermittlung von Verträgen, solange es noch nicht angenommen ist, auf Grund der Verkehrssitte als eine reine Aufforderung zur Antragsstellung — also nicht als Vertragsantrag — gemäß § 157 BGB.[1]) auszulegen sein. Dies wird dann der Fall sein, wenn durch die Verkehrssitte die Gebundenheit an den Antrag auch ohne entsprechende ausdrückliche Erklärung des Antragstellers als ausgeschlossen gilt. In einem solchen Fall ist weder der Erklärende an sein Versprechen (Aufforderung zur Antragstellung) gebunden noch stellt die Annahme des Versprechens durch den Mäkler, sei es durch Worte oder durch konkludente Handlung — z. B. durch eine der Aufforderung gemäße Tätigkeitsausübung — die Annahme eines Antrages mit der bindenden Wirkung eines solchen dar. Das Tätigwerden des Mäklers auf Grund der Aufforderung des Versprechenden bedeutet dann nichts als eine auf Grund der Aufforderung zur Antragsstellung gemachte Offerte, zu deren Annahme der Versprechensgeber nicht verpflichtet ist. In der Tat existiert dann ein „freies Recht beider Teile, tätig zu sein oder nicht, die Tätigkeit entgegenzunehmen oder nicht". Aber dies Recht ist nicht deshalb vorhanden, weil der Mäklervertrag „ein im gewissen Sinn allgemeiner Begriff" ist, sondern weil nach der durch das Gesetz für die Auslegung von Willenserklärungen rechtsbedeutsamen Verkehrssitte das einseitige Versprechen des Mäklerlohns noch kein Antrag sondern nur die Aufforderung zur Stellung eines solchen ist, ihm also keine rechtliche sondern nur tatsächliche Bedeutung zukommt, und weil dementsprechend das Tätigwerden des Mäklers noch keine Antragsannahme, sondern

[1]) Die Anwendung des § 157 BGB. auf jede Art von Willenserklärungen ist nach herrschender Meinung zulässig.

nur eine Offerte ist — kurz, weil überhaupt kein Mäklervertrag vorliegt.

So kann man im einzelnen Fall ohne die komplizierte und nicht zwingende Konstruktion Staubs bezüglich des Mäklervertrags durch Anwendung des § 157 BGB. praktisch zu dem gleichen Resultat kommen, wenn die Verkehrssitte ein solches erfordert. An der Konstruktion des Mäklervertrags als eines gegenseitigen Vertrags vermag sie nichts zu ändern.

### b) Form und Abschluß.

Der Abschluß des Agenturvertrages und Mäklervertrages geschieht durch Willenseinigung des H.-A. und H.-M. einerseits und des Auftraggebers andrerseits; einer besonderen Form bedürfen die gegenseitigen Willenserklärungen nicht. Von wem dabei die Initiative ausgeht, macht keinen Unterschied; nur gilt ein einem H.-A. oder H.-M. gegenüber abgegebener Antrag nach § 362 stets schon dann als von ihnen angenommen,[1]) wenn sie ihn nicht unverzüglich ablehnen, während die Annahme eines von einem H.-A. oder H.-M. ausgehenden Antrags zu einem Agentur- bezw. Mäklervertrage einer besonderen Erklärung bedarf. Eine Ausnahme statuiert der § 151 BGB. nur für den Fall, daß eine „solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist".

### c) Endigungsgründe.

Besondere Normen für die Endigung des zwischen dem H.-M. und seinen Auftraggebern geschlossenen Vertrags finden sich weder in den §§ 93 ff. noch in den Vorschriften über den Mäklervertrag (§§ 652 ff). BGB. Für die Beendigung des Agenturvertrags ist in § 92 eine Sonderregel aufgestellt; außerdem gelten für ihn gemäß seiner Klassifizierung unter die auf eine Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstverträge die Vorschriften der §§ 671 Abs. 2, 672—674 BGB. und in Ergänzung die Vorschrift über die Beendigung des Dienstvertrages. Im übrigen gelten für die Beendigung beider Verträge die allgemeinen Regeln.

In erster Linie entscheidet über Dauer und Auflösung des Agentur- bezw. Handelsmäklerverhältnisses der konkrete Handelsagentur- bezw. Handelsmäklervertrag. Ein hiernach auf bestimmte Zeit eingegangenes Handelsagentur- bezw. Handelsmäklerverhältnis endet durch Zeitablauf. Für das seiner Natur nach

---

[1]) Der Gewerbebetrieb des H.-A. und des H.-M.s „bringt" nicht nur die Besorgung von Geschäften für einen anderen „mit sich", sondern ist einzig darauf gerichtet.

eine gewisse Zeitdauer bedingende Handelsagenturverhältnis wird dies noch ausdrücklich durch § 620 BGB. bestimmt.[1]) Aber auch für das Handelsmäklerverhältnis wird grundsätzlich ein gleiches gelten müssen, da seiner rechtlichen Natur nach der H.-M. nicht zur Bewirkung eines Erfolges sondern nur zur Bemühung um die Herbeiführung eines solchen verpflichtet ist und somit seine Befristung nicht prinzipiell ausgeschlossen erscheint. In der Praxis wird eine ausdrückliche Befristung freilich selten vorkommen, da der wirtschaftliche Endzweck das Zustandekommen des vom Auftraggeber gewünschten Vertrages ist und der H.-M. sich kaum durch Eingehen eines Mäklervertrages zur Mühewaltung verpflichten wird, wenn er nicht überzeugt ist, über kurz oder lang den verlangten Vertrag zustande zu bringen und sich dadurch den versprochenen Mäklerlohn zu verdienen. Nur wenn es sich um ein Spekulationsobjekt, z. B. um die Vermittlung eines Termingeschäftes handelt, dessen Abschluß für den Auftraggeber nur dann von Interesse ist, wenn er innerhalb einer bestimmten Zeit zustandekommt, erscheint eine Befristung am Platz; denn andernfalls hat der Auftraggeber dem H.-M. gegenüber nicht das Recht, einen ihm von diesem dargebotenen Vertrag, welcher seinen bei Abschluß des Mäklervertrages erklärten Bedingungen entspricht, willkürlich abzulehnen.[2])

Wesentlich stärker tritt der prinzipielle Unterschied zwischen dem Handlungsagenturverhältnis und dem Handelsmäklerverhältnis bei Betrachtung der Endigungsgründe des nichtbefristeten Handelsagentur- bezw. Handelsmäklervertrags in Erscheinung:

Während nach den allgemeinen Regeln über das Erlöschen der Schuldverhältnisse gegenseitige Verträge in erster Linie durch beiderseitige Erfüllung der übernommenen Vertragspflichten endigen, kann von einer eigentlichen Erfüllung des Handelsagenturvertrages seinem Wesen nach niemals und von einer Erfüllung des Handelsmäklervertrages nur unter besonderen Umständen die Rede sein.

Wir haben bei dem Handelsmäklervertrag zu unterscheiden, ob die in obligatione stehende Bemühung des H.-M.s.[3]) um das Zustandekommen des vom Auftraggeber begehrten Vertrags zu einem Abschluß geführt hat oder nicht. Ist ersteres der Fall und hat der H.-M. den versprochenen Mäklerlohn erhalten, so

[1]) Über die Geltung des § 620 BGB. auch für den Handelsagenturvertrag s. S. 28 ob.

[2]) vgl. S. 33 Abs. 2.

[3]) vgl. S. 31 unten.

ist das Vertragsverhältnis mit der Auszahlung des Mäklerlohnes kraft beiderseitiger Erfüllung der vertraglich übernommenen Verbindlichkeiten beendigt. Hat dagegen der H.-M. sich den Umständen entsprechend für das Zustandekommen des verlangten Vertrages bemüht[1]) — und somit seinerseits seine vertraglichen Verpflichtungen erfüllt —, ohne den begehrten Erfolg erreicht zu haben, so kann von einem Erlöschen des Vertragsverhältnisses durch beiderseitige Erfüllung nicht die Rede sein. Wir haben hier vielmehr weiter zu unterscheiden, ob der H.-M. es bei einer bloßen Erfüllung seiner Vertragspflicht beläßt, oder ob er darüber hinaus sich weiter um das Zustandekommen des begehrten Vertrags bemüht. In ersterem Fall ist in dem Abbruch seiner Bemühungen ein endgültiger Verzicht auf die Gegenleistung, — den versprochenen Mäklerlohn — zu erblicken, so daß der Auftraggeber nicht nur vorübergehend von der Erfüllungspflicht[2]) frei ist, sondern auch durch Annahme dieses Verzichts dauernd und für alle Zukunft von seiner vertraglich übernommenen Verbindlichkeit — nämlich der Pflicht, die Tätigkeit des H.-M.s. entgegenzunehmen, und der Lohnzahlungspflicht — befreit wird. In diesem Fall erlischt das Vertragsverhältnis durch Erfüllung des H.-M.s. einerseits und durch einen dem § 397 BGB. entsprechenden einseitigen Erlaßvertrag andrerseits. Die Annahme des Verzichts des H.-M. kann sowohl ausdrücklich als durch konkludente Handlung, z. B. dadurch geschehen, daß der Auftraggeber das Geschäft einem anderen Handelsmäkler fest an die Hand gibt. — Setzt dagegen der H.-M. seine Bemühung über das vertraglich geforderte Mindestmaß hinaus fort, so bleibt der Auftraggeber zunächst an den Vertrag gebunden, d. h. er ist auch weiterhin dem H.-M. gegenüber zur Annahme eines von ihm dargebotenen, seinen erklärten Bedingungen entsprechenden Vertrages und zur Lohnzahlung nach Abschluß desselben verpflichtet. Keinenfalls kann man so argumentieren, daß diese weitergehenden Leistungen des H.-M.s. für den Auftraggeber rechtlich irrelevant seien, weil sie über das vertraglich geforderte Pflichtmaß hinausgehen; denn das Mehr enthält stets das Wenigere. Wohl aber wird der Auftraggeber nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte gemäß § 157 BGB. an die Leistungen des H.-M.s. regelmäßig nur auf eine den Umständen entsprechende, mehr oder weniger lange, stets aber beschränkte Zeitdauer gebunden sein, so daß in Wahrheit fast jeder Handelsmäklervertrag durch die gemäß § 157 BGB. für rechtsbedeutsam erklärte Verkehrssitte befristet wird.

[1]) vgl. S. 31 unten.
[2]) vgl. S. 32.

Demnach haben wir als Resultat festzustellen: Der Handelsmäklervertrag ist regelmäßig durch die Verkehrssitte befristet. Demgemäß endet er durch Zeitablauf. Außerdem kann er vor Zeitablauf durch beiderseitige Erfüllung oder auch durch einseitige Erfüllung des H.-M.s. in Verbindung mit einem einseitigen Erlaßantrag beendigt werden.

Im Gegensatz hierzu kann bei dem Handelsagenturvertrag von einer Erfüllung niemals die Rede sein. Der H.-A. ist als dauernd Betrauter nicht mit der Vermittlung eines oder mehrerer bestimmter Geschäfte, sondern mit der Wahrnehmung der Interessen seines Geschäftsherrn betraut. Ist die Dauer dieser Verpflichtung unbestimmt, so besteht — anders wie bei dem Handelsmäklervertrag — keine Möglichkeit, das Vertragsverhältnis durch endgültige Erfüllung zum Erlöschen zu bringen. Daher erscheint es durchaus natürlich und den praktischen Bedürfnissen entsprechend, wenn der Gesetzgeber für den Handelsagenturvertrag in § 92 eine besondere Aufhebungsbestimmung getroffen und beiden Kontrahenten ein einseitiges Kündigungsrecht zugestanden hat. Bei dem Handelsmäklervertrag würde ein einseitiges Aufhebungsrecht seinem auf eine Augenblicksvermittlung gerichteten Wesen nicht nur widersprechen sondern auch praktisch überflüssig sein, da er, abgesehen von der Endigung durch Zeitablauf, entweder durch beiderseitige Erfüllung oder durch einseitige Erfüllung in Verbindung mit einem Erlaßvertrag endigt.

Gemäß § 92 Abs. 1 kann jeder der beiden Teile ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Agenturverhältnis für den Schluß des Kalendervierteljahrs unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 6 Wochen kündigen. Diese Bestimmung ist dispositiv; in erster Linie entscheidet über die Kündigungsfrist und über das Datum, für welches die Kündigung zulässig ist — ebenso wie über die Zeitdauer — der konkrete Vertrag. Dementsprechend ist auch die Vereinbarung einer kürzeren Kündigungsfrist oder ungleicher Fristen sowie die vertragliche Bestimmung eines anderen Zulässigkeitsdatums als der Schluß des Kalendervierteljahrs erlaubt. Auch ein jederzeitiges Kündigungsrecht kann vereinbart werden; doch darf der H.-A. zur Vermeidung von Schadensersatzansprüchen gemäß §§ 675 u. 671 BGB. nicht zur Unzeit kündigen, also nur auf einen so weit hinausliegenden Termin, daß der Geschäftsherr für die Besorgung des Geschäfts anderweitig Fürsorge treffen kann.[1]) Die Beschränkungen des § 67 gelten für das im übrigen übereinstimmend mit den Vor-

[1]) Ähnlich Staub Anm. 1 Abs. 3 zu § 92 S. 380.

schriften über den Handlungsgehilfen[1]) geregelte Kündigungsrecht des H.-A. nicht.

Die Kündigung geschieht formlos. Ihre Bedeutung liegt darin, daß eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung[2]) zur Aufhebung des Vertrages führt.

Eine noch weitergehende Bestimmung enthält der Abs. 2 des § 92, der beiden Teilen beim Vorliegen eines „wichtigen Grundes" ein Rücktrittsrecht einräumt.[3]) Ein wichtiger Grund liegt dann vor, „wenn nach Lage der Umstände dem einen Teil nicht zuzumuten ist, den Vertrag wider seinen Willen fortzusetzen".[4]) Als solcher Umstand ist jedes vorsätzliche oder ein anhaltend fahrlässiges, vertragswidriges Verhalten des einen oder anderen Teils anzusehen, so z. B. unreelle Bedienung der dem Auftraggeber vom H.-A. zugeführten Kunden, fehlerhafte Abrechnungen und Verweigerung eines Buchauszuges einerseits und unzulässiger Konkurrenzbetrieb,[5]) Unzuverlässigkeit und anhaltende Untätigkeit des H.-A. andrerseits. Aber auch objektive Geschehnisse können einen wichtigen Grund zum Rücktritt vom Agenturvertrage geben, so insbesondere der Konkurs des H.-A.; denn es kann dem Geschäftsherrn nicht zugemutet werden, länger an die Dienste eines Handlungsagenten gebunden zu sein, der nicht nur durch die Konkurseröffnung in seiner Geschäftsführung erheblich beschränkt worden ist, sondern auch durch seinen wirtschaftlichen Zusammenbruch in weiten Kreisen jede Kreditfähigkeit verloren hat.[6])

Die Geltendmachung des Rücktrittsrechts erfolgt ebenso wie die Kündigung durch einseitige empfangsbedürftige Willens-

---

[1]) s. § 66, der mit § 92 Abs. 1 wörtlich übereinstimmt.

[2]) vgl. des näheren §§ 130—132 BGB.

[3]) Dafür, daß die Vorschrift des § 92 Abs. 2 nicht — wie Staub entsprechend seiner zu Irrtümern Anlaß gebenden Fassung meint —, die Statuierung des Rechts auf sofortige Kündigung sondern vielmehr die Festsetzung eines Rücktrittsrechts bedeutet, treffend Immerwahr S. 196: „Das Charakteristische der Kündigung liegt gerade darin, daß dieselbe auf die Beendigung eines Vertragsverhältnisses hinzielt, dessen Fortdauer in das freie Belieben des Kündigenden gestellt ist, so daß es eines Grundes für das Auflösungsbegehren überhaupt nicht bedarf. Dagegen ist die Angabe und der eventuelle Nachweis von Gründen erforderlich, wenn jemand ein Vertragsverhältnis aufheben will, zu dessen einseitiger Auflösung er nicht ohne weiteres berechtigt ist, und dies nennt man Rücktritt vom Vertrage".

[4]) So Staub Anm. 5 zu § 70 S. 318.

[5]) vgl. OLGRspr. Bd. 16 S. 88.

[6]) Ebenso Staub unter Berufung auf eine Entscheidung des ROHG., aber ohne nähere Begründung in Anm. 5 zu § 92 S. 381.

erklärung. In dem Augenblick, da diese dem anderen Teil zugeht, erlischt das Vertragsverhältnis.[1])

War bisher zunächst von der Beendigung der befristeten und sodann von der Beendigung der unbefristeten Verträge die Rede, so soll im weiteren Verlauf noch von einigen Endigungsgründen gesprochen werden, die gleichermaßen für den befristeten und unbefristeten Handelsagentur- und Handelsmäklervertrag gelten.

Hierher gehört in erster Linie der actus contrarius, der Aufhebungsvertrag. Von dem oben[2]) erwähnten einseitigen Erlaßvertrag zwischen dem erfüllthabenden H.-M. und seinem Auftraggeber unterscheidet sich dieser Aufhebungsvertrag dadurch, daß er auf die Aufhebung zweier wechselseitiger Verpflichtungen gerichtet ist und somit wie der Handelsagentur- und Handelsmäklervertrag selbst als gegenseitiger Vertrag anzusehen ist, auf den wiederum die Vorschriften der §§ 320 ff. BGB. sinngemäß Anwendung finden.

Ebenso haben im Zweifel, d. h. soweit nicht der Wortlaut des Vertrages oder die Verkehrssitte entgegenstehen, der Tod und die Geschäftsunfähigkeit des H.-A. und des H.-M.s die Auflösung des Handelsagentur- bezw. Handelsmäklervertrages zur Folge. Bei dem H.-A., für den solches durch die §§ 675 u. 673 BGB. noch ausdrücklich bestimmt wird, erscheint diese Wirkung als notwendige Folge seiner rechtlichen Stellung: er ist Parteivertreter, von dessen individuellen Fähigkeiten das Gedeihen des von ihm vertretenen Geschäfts in erheblichem Maße und um so mehr abhängt, als der Geschäftsherr auf längere Zeit an ihn gebunden ist. Der H.-A. ist auch gemäß § 613 BGB. im Zweifel zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet. Aber auch bei dem dem H.-M. erteilten Auftrag handelt es sich um Leistungen, die von seinen besonderen Kenntnissen über Angebot und Nachfrage und von seiner Geschicklichkeit in hohem Maße abhängig sind. Man wird daher auch ohne eine dem § 673 BGB. entsprechende Bestimmung dem Tod und der Geschäftsunfähigkeit des H.-M.s die gleiche Wirkung, nämlich die Auflösung des Vertrages, beimessen müssen wie dem Tod und der Geschäftsunfähigkeit des H.-A.[3])

Hingegen löst der Tod und die Geschäftsunfähigkeit des

---

[1]) Auf das gesetzliche Rücktrittsrecht der §§ 325 Abs. 1 und 326 BGB. soll hier nicht weiter eingegangen werden, da es für alle gegenseitigen Verträge gilt und sich Besonderheiten aus seiner Anwendung auf den Handelsmäkler bezw. Handelsagenturvertrag nicht ergeben.

[2]) vgl. S. 37.

[3]) Ebenso aber ohne Begründung Staub Exk. vor § 93 Anm. 42a, S. 395.

Geschäftsherrn bezw. des Auftraggebers das Handelsagentur- und das Handelsmäklerverhältnis im Zweifel nicht auf. Für den H.-A. ergibt sich dieses unmittelbar aus den Vorschriften der §§ 675 u. 672 BGB. Aber auch für den H.-M. wird nicht nur nach allgemeinen Regeln, denen zufolge im Zweifel Rechte und Pflichten beider Vertragsteile auf die Erben übergehen, sondern auch nach der Art der vom H.-M. auszuführenden Vermittlungsgeschäfte das gleiche gelten müssen.[1]) Es handelt sich nämlich bei der vertraglichen Vermittlungstätigkeit des H.-M.s gemäß § 93 Abs. 1 stets um Verträge über „Gegenstände des Handelsverkehrs", also nicht um irgendeine persönliche und mehr zufällige Liebhaberei des Auftraggebers sondern um die Erlangung eines wirtschaftlichen Vorteils für sein Vermögen, an dem die Erben gleichermaßen interessiert sind wie der Auftraggeber selbst. Eine Einschränkung gilt nur insofern, als die Erben zur Entrichtung des Mäklerlohns nur dann verpflichtet sind, wenn sie den fraglichen Vertrag mit dem Dritten in Kenntnis von der Vermittlungstätigkeit des H.-M.s abschließen, da sonst der Kausalzusammenhang zwischen dem Geschäftsabschluß und der Vermittlungstätigkeit des H.-M.s fehlt.[2])

Von dem Konkurs des H.-A. war bereits oben auf S. 39 Abs. 3 die Rede. Er gibt einen wichtigen Grund zum sofortigen Rücktritt des Auftraggebers vom Vertrage, löst aber das Agenturverhältnis nicht auf. Macht der Geschäftsherr von seinem Rücktrittsrecht keinen Gebrauch, so bleibt der Vertrag unverändert bestehen. Hingegen ist der Konkurs des H.-M.s für das Handelsmäklerverhältnis rechtlich ohne jede Bedeutung: Er gibt mangels einer dem § 92 Abs. 2 entsprechenden Vorschrift nicht einmal dem Auftraggeber ein Recht zum Rücktritt und kann noch viel weniger als ein ipso iure eintretender Auflösungsgrund gelten.[3]) Da die Konkurseröffnung nur die Entziehung der freien Verfügung über das Vermögen zur Folge hat, die Handlungsfähigkeit des H.-M.s aber unberührt läßt, so steht der Fortführung der Vermittlungstätigkeit, die ausschließlich von den persönlichen Eigenschaften des H.-M.s abhängt, nichts im Wege. Die Vermittlungstätigkeit des H.-M.s erfordert eben weder besondere Aufwendungen für Reklame, Repräsentation und Kreditgewährung, noch bringt sie ihn gleich dem H.-A. in eine dauernde Vertrauensstellung zu seinen Auftraggebern.

---

[1]) Ebenso ohne Begründung Staub Exk. von § 93 Anm. 42a S. 395 und Düringer u. Hachenburg Vorbem. zu § 93 Anm. 15 S. 530; vgl. auch die von Staub zit. RGE. Bd. 47 S. 256; and. A. Jacusiel S. 50.

[2]) Zum Teil ebenso RG. Bd. 47 S. 255.

[3]) Ebenso Staub Exk. vor § 93 Anm. 42a S. 395.

Dagegen wird durch Konkurseröffnung über das Vermögen des Auftraggebers sowohl das Handelsagenturverhältnis wie das Handelsmäklerverhältnis gemäß § 23 Abs. 2 KO. ispo jure beendigt. Der § 23 Abs. 2 spricht zwar nur vom Erlöschen eines Auftrags und eines Dienst- oder Werkvertrags, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, aber der Sinn der Bestimmung ist offensichtlich der, daß jeder sich auf das zur Konkursmasse gehörige Vermögen beziehende Geschäftsübertragungsvertrag durch die Konkurseröffnung erlöschen soll. Dementsprechend wird man den § 23 Abs. 2 KO. auf den Handelsmäklervertrag analog anwenden müssen, so daß im Resultat für ihn das gleiche gilt wie für den Handelsagenturvertrag.

## 4. Von den Pflichten des Handlungsagenten und des Handelsmäklers.

Schon die Überschrift des Abschnittes besagt, daß er nicht das Ziel verfolgt, eine erschöpfende Darstellung aller die Pflichten des H.-A. und des H.-M. berührenden Vorschriften zu geben. Eine ausführliche, monographische Behandlung entspricht nicht dem Zweck und dem engen Rahmen der vorliegenden, auf einen Vergleich gerichteten Arbeit.[1]) Nachdem die vorangegangene Untersuchung der grundlegenden und prinzipiell gearteten Vorschriften zu einer Entwicklung des Begriffes des H.-A. und des H.-M.s und zu einer Darstellung des Handelsagentur- und des Handelsmäklerverhältnisses geführt hat, kann eine Betrachtung der mehr sekundären Einzelbestimmungen über die Pflichten, Rechte und Befugnisse des H.-A. und des H.-M.s nur mehr die Bedeutung haben, daß aus ihr erhellt, welchen Einfluß die aufgefundene grundsätzliche Verschiedenartigkeit der beiden Untersuchungsobjekte auf den Inhalt der einzelnen dem H.-A. und dem H.-M. gesetzlich auferlegten Pflichten und zuerteilten Rechte ausübt. Eine wesentliche Modifikation der gewonnenen Ergebnisse kann von diesen Einzelbestimmungen nicht mehr erwartet werden; ein Widerspruch würde höchstens zu der Folgerung führen, daß es dem Gesetzgeber nicht in vollem Maße gelungen ist, die einzelnen Pflichten, Rechte und Befugnisse mit dem von ihm selbst normierten Wesen des H.-A. und des H.-M. in Einklang zu bringen.

Besonders stark erweist sich der differenzierende Einfluß, den die Verschiedenartigkeit des Agenturverhältnisses und des Handelsmäklerverhältnisses sowie die eigenartige und vonein-

[1]) s. des näheren Einleitung S. 6.

ander abweichende Rechtsnatur der beiden Verhältnissen zugrunde liegenden Verträge auf den Inhalt und Umfang der vielfach gleichartig erscheinenden Pflichten des H.-A. und des H.-M.s notwendigerweise ausübt, bei der den beiden Rechtspersonen obliegenden allgemeinen Sorgfaltspflicht. Beide haben nach § 347 in Verb. mit § 276 BGB. gegenüber ihrem Auftraggeber für die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns" einzustehen. Für den H.-A. ist dieser Grundsatz überdies im Anschluß an die den Kommissionär und Spediteur betreffenden Vorschriften der §§ 384 u. 408 im § 84 Abs. 1 noch besonders hervorgehoben.[1]) In erster Linie bestimmt sich das Maß der anzuwendenden Sorgfalt aus den konkreten Vereinbarungen und aus dem von dem Auftraggeber verfolgten Zweck. Abgesehen davon bezieht sich die Sorgfaltspflicht entsprechend dem Wesen des Handelsagentur- bezw. Handelsmäklervertrages weniger auf die Anwendung gehöriger Sorgfalt bei Vermittlung und Abschluß von Geschäften für den Auftraggeber als auf die sorgfältige Bemühung um die Vermittlung bezw. um den Abschluß überhaupt,[2]) denn beide Rechtspersonen sind unmittelbar aus dem Vertrage zur Tätigkeit verpflichtet. Hat der H.-A. nach besten Kräften die Marktlage zu beobachten, seinen Geschäftsherrn auf günstige Konjunkturen aufmerksam zu machen[3]) und den Kundenkreis zu erweitern, so hat der H.-M. eifrig nach einem der Nachfrage seines Auftraggebers entsprechenden Angebot zu suchen und darf insbesondere keine sich bietende Gelegenheit unbenutzt lassen.

Während aber der H.-M. als Augenblicksvermittler in seiner Sorgfaltspflicht auf das einzelne Geschäft beschränkt bleibt, muß der H.-A. entsprechend seiner dauernden Betrauung fortlaufend die Interessen des Geschäftsherrn mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrnehmen und so eine unausgesetzte Initiative entfalten. Und während der Sorgfaltspflicht des H.-M.s gegenüber seinem Auftraggeber durch seine vertragliche Stellung zur Gegenpartei eine enge Schranke gesetzt ist, verlangt die Sorgfaltspflicht von dem H.-A. die Ausnutzung aller rechtlich zulässigen Mittel zur Förderung der Interessen seines Geschäftsherrn, unbekümmert darum, ob der Gegenkontrahent dadurch wirtschaftlich geschädigt wird.

Andrerseits zwingt die dauernde Betrauung und die Stellung als Parteivertreter den H.-A. zu einer weitgehenden Beschränkung seiner Vermittlungstätigkeit. Insbesondere gebietet ihm die Sorg-

---

[1]) Ebenso DS. S. 68.
[2]) Ähnlich Albrecht u. Tentler S. 24/25 Ziff. 1 u. 2.
[3]) Zeitschr. f. d. ges. HR. Bd. 58 S. 123/24.

faltspflicht, „daß er Agenturen von mehreren Geschäftsherren nur dann annehmen darf, wenn deren Interessen sich nicht widerstreiten, also namentlich nicht von Konkurrenten".[1]) Das Gesetz hat zwar im Gegensatz zu dem Kommissionsentwurf keine Bestimmung über die Unzulässigkeit eines Konkurrenzbetriebes durch den H.-A. getroffen, weil derselbe „in manchen Fällen genötigt sein wird, um den Kunden die erforderliche Auswahl zu bieten, gleichzeitig mehrere Produzenten und Großhändler zu vertreten, deren Waren, wenn sie auch bestimmte Unterschiede aufweisen, doch derselben Gattung angehören".[2]) Aber der Sorgfalt eines ordentlichen Handlungsagenten würde es widersprechen, wenn er den Interessen seines Geschäftsherrn zuwider ihm eine ihn unmittelbar schädigende Konkurrenz bereiten würde. Bei der Übernahme weiterer Agenturen wird daher immer das Interesse des (oder der) bisherigen Geschäftsherrn seinem eigenen Interesse vorgehen müssen und ihn überall dort, wo es sich um widerstreitende Interessen handelt, zum Verzicht zwingen.[3]) In erster Linie entscheidet aber auch hier der Wille der Kontrahenten und demnächst die Handelssitte. Insbesondere kann ein Konkurrenzverbot nach Belieben vereinbart werden.

Bei dem H.-M. ist die Sachlage gerade umgekehrt so, daß es zu seiner Obliegenheit gehört, die widerstreitenden Interessen beider Parteien zu beseitigen, und es gerade dem allgemeinen Interesse seiner Kunden entspricht, wenn er durch eine ausgebreitete Vermittlungstätigkeit in der Lage ist, ihnen mehrere Offerten zur Auswahl vorzulegen. Daher widerspricht es nicht der unparteiischen Stellung des H.-M.s und seinen vertraglichen Pflichten gegenüber dem ersten Auftraggeber, wenn er auch von der Gegenpartei Vermittlungsaufträge übernimmt.[4]) Das Interesse beider Parteien, überhaupt zu einem Geschäftsabschluß zu kommen, verlangt gerade, daß die Gegensätze im einzelnen möglichst beseitigt werden, und der H.-M. dient gleichmäßig den Interessen beider Parteien, wenn er die widerstreitenden Interessen auszugleichen sucht.

Zur sorgfältigen Wahrung der Interessen des Geschäftsherrn gehört des weiteren, daß der H.-A. die Kreditwürdigkeit der Kunden nach Möglichkeit prüft, denn der Geschäftsabschluß mit einem zahlungsunfähigen Kunden bedeutet stets — ob das Geschäft effektuiert wird oder nicht — eine Schädigung der Interessen des Geschäftsherrn durch Zeitverlust, Versäumung

---

[1]) So Cosack § 51 III, 1.
[2]) vgl. DS. S. 74/75.
[3]) vgl. DS. S. 74/75.
[4]) Ebenso RG. Bd. 4 S. 290.

von anderen Gelegenheiten oder gar durch direkte Vermögenseinbuße. Wie weit diese Prüfungspflicht des H.-A. geht, läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden. „Die objektive Unsicherheit aller Erkundigungsmittel in betreff der Kreditwürdigkeit eines Kaufmanns“ [1]) befreit den H.-A. von der Haftung für absolute Richtigkeit seiner Informationen. Irrtum, der nicht auf Fahrlässigkeit beruht, und erlittene Täuschung dürfen dem H.-A. nicht angerechnet werden. — „Sonst wird die Haftung zur reinen Delkrederehaftung, während der Agent doch nur für die ‚Sorgfaltspflicht‘ einzustehen hat.“ [2])

Bei dem H.-M. wird man nicht so weit gehen dürfen. Schon der Umstand, daß der H.-A. nur für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft Provision erhält, während der Mäklerlohn schon mit Abschluß des Vertrages fällig ist, läßt darauf schließen, daß der H.-M. sich um die Vollzichbarkeit des Geschäfts, zu der als Einzelmoment auch die Zahlungsfähigkeit der Gegenpartei gehört, nicht zu bekümmern braucht. Wir halten daher mit Dernburg [3]) die Prüfung der Zahlungsfähigkeit im Zweifel für Sache der Partei. Nur wenn der H.-M. der einen Partei einen ihm als zahlungsunfähig bekannten Gegenkontrahenten unter Verschweigung dieses Umstandes anbietet, macht er sich schadensersatzpflichtig. [4]) — Einer vertraglichen Verpflichtung zur Prüfung der Solvenz der Gegenpartei steht kein gesetzliches Hindernis im Wege.

Die beiden Rechtspersonen gemeinsame Sorgfaltspflicht verlangt ferner, daß sie nicht nur hinsichtlich derjenigen Tatsachen, deren Verschweigung ihnen ausdrücklich zur Pflicht gemacht ist, sondern auch über alle im Verlauf des Vertragsverhältnisses zu ihrer Kenntnis gelangten Geschäftsgeheimnisse Stillschweigen bewahren. Zu einer rechtlichen Sonderheit führt diese Verschwiegenheitspflicht nur bei dem H.-M., und zwar insofern, als kraft seiner objektiven und vertraglichen Stellung zu beiden Parteien das Verschweigen im Interesse der einen Partei niemals zu einer Täuschung der Gegenpartei führen darf. Tatsächlich ist die Verschwiegenheitspflicht bei dem H.-A. naturgemäß infolge seiner dauernden Vertrauensstellung, die ihm weit eher einen Einblick in die Preiskalkulationen und Fabrikationsmethoden und eine Übersicht über den Kundenkreis gewährt, von weit größerer Bedeutung. Jede das Interesse seines Geschäftsherrn schädigende Mitteilung über Tatsachen, die ihm

[1]) So ROHG. Bd. 22 S. 125.
[2]) So Albrecht u. Tentler S. 27 Ziff. 3.
[3]) vgl. Dernburg § 339 S. 553.
[4]) So Düringer u. Hachenburg Anm. 3 zu § 98 S. 548.

vermöge seines Vertrauensverhältnisses bekannt geworden sind, macht ihn schadensersatzpflichtig.

Der einseitigen Interessenvertretung des H.-A. entspricht die Pflicht, „dem Geschäftsherrn die erforderlichen Nachrichten zu geben und ihm namentlich von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen“ (§ 84 Abs. 2). Eine besondere Bedeutung erhält diese Pflicht durch die dem H.-A. weiterhin obliegende Verpflichtung, die Anweisungen des Geschäftsherrn zu befolgen.[1]) Beide Pflichten stehen offenbar in einem engen Zusammenhang: erst durch die Benachrichtigung über den Stand der Geschäfte erhält der Geschäftsherr die Möglichkeit, durch besondere Anweisungen in den Gang der Verhandlungen einzugreifen.

Von ähnlichen Verpflichtungen auf seiten des H.-M.s kann nicht die Rede sein. Insbesondere läßt seine freiere und unparteiische Stellung eine Gebundenheit an die im Verlauf seiner Vermittlungstätigkeit erteilten Anweisungen des Auftraggebers nicht zu. Würde er sein Tun von den Anweisungen der einen Partei abhängig machen, so würde er nur zu oft gegen die kollidierenden Interessen der anderen Partei verstoßen, während er gerade zur Ausgleichung der widerstrebenden Interessen berufen ist. Jedenfalls kann der H.-M. nicht seinen Auftraggeber darüber entscheiden lassen, was seine objektive Stellung verlangt.

Ebenso würde eine Benachrichtigung über den Stand der Verhandlung, insbesondere eine Mitteilung der ihm von der Gegenpartei anvertrauten Minimalbedingungen, ein Aufgeben seiner objektiven Stellung und eine Vertragsverletzung gegenüber der Gegenpartei, insbesondere eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht bedeuten. Bei dem H.-A. hingegen ist eine Kollision zwischen seiner Verschwiegenheitspflicht und seiner Benachrichtigungspflicht aus dem einfachen Grunde ausgeschlossen, weil er zu dem Gegenkontrahenten in keinerlei Vertragsverhältnis tritt, ihm gegenüber also auch nicht zum Stillschweigen verpflichtet ist.

Die Pflicht des H.-A., dem Geschäftsherrn von jedem Geschäftsabschluß unverzüglich Anzeige zu machen (§ 84 Abs. 2), findet unter den Vorschriften über den H.-M. deshalb keine Parallele, weil der H.-M. nur vermitteln, nicht aber selbständig abschließen kann.

Neben der initiativen Benachrichtigungspflicht ist der H.-A. nach § 666 BGB. noch zur Auskunftserteilung über den Stand

[1]) Diese Verpflichtung ergibt sich als argumentum e contrario aus dem § 665 BGB.

des Geschäftes und ferner zur Rechenschaftslegung nach dem Geschäftsabschluß verpflichtet; beide Pflichten stellen keine Initiativpflichten dar, sondern sind nur auf Aufforderung seitens des Geschäftsherrn auszuüben. Die Auskunftspflicht versteht sich im Grunde von selbst, denn wer verpflichtet ist, von sich aus erforderliche Nachrichten zu geben, wird erst recht als zur Auskunftserteilung verpflichtet angesehen werden müssen. Es erscheint daher nur folgerichtig, wenn die Auskunftspflicht des H.-A. kein Gegenstück unter den Pflichten des H.-M. findet.

Die Pflicht des H.-A., dem Geschäftsherrn auf Verlangen Rechenschaft nach dem Geschäftsabschluß zu geben, findet eine Parallele in der in § 101 normierten Pflicht des H.-M., den Parteien auf Verlangen von ihm unterzeichnete Auszüge aus dem Tagebuch zu geben, welches zur regelmäßigen Eintragung aller abgeschlossenen Geschäfte unter ausführlicher Angabe der Geschäftsbedingungen dient (§§ 100 u. 94 Abs. 1). Eine der vertraglichen Bindung des H.-M. an beide Parteien gerecht werdende Besonderheit findet sich auch hier, und zwar darin, daß beide Parteien solche Auszüge verlangen können.

Die Herausgabepflicht des § 667 BGB. und die Pflicht, das nach dieser dem Geschäftsherrn herauszugebende oder für ihn zu verwendende Geld zu verzinsen — mit 5 %! —, hat für den H.-A. besondere Bedeutung, wenn er als Handlungsreisender tätig ist, da er als solcher eine Vermittlung nur auf Grund der ihm vom Geschäftsherrn überlassenen Muster und Proben vornehmen kann. Auch sonst wird ihn der Geschäftsherr häufig zur Unterstützung seiner Vermittlungstätigkeit mit Agitations- und Reklamematerial zur Aufmunterung der Kunden, wie Broschüren und ähnlichem, versehen.

Für den H.-M. besteht eine derartige Pflicht nicht. Er kommt auch selten durch seine flüchtigen Beziehungen zu den Parteien in eine ähnliche Lage. Hat er aber doch gelegentlich von der einen oder anderen Partei Material zur Unterstützung seiner Vermittlungstätigkeit erhalten, so ist er ihr nach Beendigung des Mäklervertrages gemäß § 812 Satz 2 zur Herausgabe verpflichtet (condictio causa finita!).

Ist bis soweit der Kreis der dem H.-A. obliegenden Pflichten entsprechend seinen engeren und anhaltenderen rechtlichen Beziehungen zu seinem Geschäftsherrn wesentlich umfangreicher als der des H.-M. und erhält die Einzelpflicht bei ihm auch dort, wo sie — wie bei der Treu- und Sorgfaltspflicht — eine Parallele unter den Pflichten des H.-M. findet, durch die Eigenart des Agenturverhältnisses eine spezielle rechtliche Bedeutung, so gelten für den H.-M. noch einige besondere Pflichten, die teils aus seiner

objektiven Stellung entspringen, teils sich als historische Reminisenzen an die amtliche Stellung des H.-M. im allgem. deutschen Handelsgesetzbuch darstellen. Eine Parallele finden sie mangels ähnlicher Grundlagen unter den Vorschriften über die Pflichten des H.-A. natürlicherweise nicht, so daß sie für einen näheren Vergleich nicht in Betracht kommen. Das Wesentliche an ihnen ist, daß sie unsere Behauptung der objektiven und notwendigen vertraglichen Stellung zu beiden Parteien noch unterstützen.

Hierher gehört die Pflicht des H.-M. zur Führung eines Tagebuches über alle durch seine Vermittlung zustande gekommenen Geschäfte (§ 100). — Hierher gehört weiter die Pflicht zur Zustellung einer von ihm unterzeichneten Schlußnote an beide Parteien (§ 94). Die Unterlassung der Eintragung in das Tagebuch und der Zustellung der Schlußnote berührt die zivilrechtliche Gültigkeit des Geschäfts nicht.[1]) Beide Tatsachen dienen nur zum Beweis des Geschäftsabschlusses.[2]) — Endlich gehört hierher die Pflicht zur Aufbewahrung der Proben von jeder nach Probe verkauften Ware bis zu einer ohne Einwendung gegen ihre Beschaffenheit erfolgten Annahme oder sonstigen Erledigung des Geschäfts (§ 96). Dieser Verpflichtung unterliegt der H.-M. jedoch nur dann, wenn ihm die Probe übergeben ist.

Die Vorschriften der §§ 94 und 96 sind dispositiver Natur und gelten nur so weit, als nicht durch Parteivereinbarung oder „Ortsgebrauch mit Rücksicht auf die Gattung der Ware“ etwas anderes bestimmt wird. Die Pflicht zur Tagebuchführung und zur Eintragung beruht hingegen auf öffentlichem, das ist zwingendem Recht. Zuwiderhandlungen machen den H.-M. strafbar (§ 103).

## 5. Von den Ansprüchen des Handlungsagenten und Handelsmäklers.

Der H.-A. erhält nach § 88 mangels einer anderen Vereinbarung, also grundsätzlich, eine Provision für jedes zur Ausführung gelangte Geschäft, welches durch seine Tätigkeit zustande gekommen ist. Voraussetzungen seines Anspruchs auf Vergütung sind demnach erstens das Zustandekommen des Geschäfts, zweitens der ursächliche Zusammenhang zwischen seiner Vermittlungstätigkeit und dem Geschäftsabschluß und drittens die Effektuierung des Geschäfts.

---

[1]) vgl. Staub Anm. 6 zu § 100 S. 407 und Anm. 1 zu § 94 S. 401.

[2]) Die Vorschrift des Art. 76 a.HGB., die solches noch ausdrücklich bestimmte, ist als selbstverständlich gestrichen worden (vgl. DS. S. 84).

Diese letztere Voraussetzung (die Effektuierung des Geschäfts) fehlt bei dem Lohnanspruch des H.-M.; im übrigen gilt für ihn gemäß § 652 Abs. 1 BGB. das gleiche.

Der Grund, daß der Provisionsanspruch des H.-A., abgesehen von den gemeinsamen Voraussetzungen, noch von der Ausführung des Geschäfts abhängig gemacht ist, liegt in der weitergehenden Sorgfaltspflicht des H.-A., der im Interesse des Geschäftsherrn sich auch über die Solvenz des Gegenkontrahenten zu erkundigen hat.[1])

Das Zustandekommen des Geschäfts hängt in erster Linie von dem Erfolg der von dem H.-A. und H.-M. ausgeübten Vermittlungstätigkeit und in zweiter Linie von dem Auftraggeber ab. Während aber die Parteien dem H.-M. gegenüber zur Annahme seiner erfolgreichen Tätigkeit verpflichtet sind und während in der unbegründeten Ablehnung des von ihnen angestrebten und ihnen vom H.-M. ordentlich angebotenen Vertrages nicht nur ein Handeln gegen Treu und Glauben sondern auch ein vertragswidriges, unter Umständen zum Schadensersatz verpflichtendes[2]) Verhalten zu erblicken ist,[3]) ist der Geschäftsherr dem H.-A. gegenüber in seiner Entscheidung, ob er das Geschäft machen will oder nicht, grundsätzlich nicht gebunden — sofern es nicht von dem H.-A. bereits auf Grund einer Abschlußvollmacht rechtzeitig abgeschlossen ist.[4]) Eine gesetzliche Beschränkung dieses freien Ermessens des Geschäftsherrn würde ganz anders wie bei dem Auftraggeber des H.-M. zur größten Unbilligkeit führen, indem sie ihn auf längere Zeit an eine ausgebreitete, sich über zahlreiche Geschäfte erstreckende Tätigkeit des H.-A. bände und so jede in die Vertragszeit fallende, bedeutendere Veränderung seines Geschäftsbetriebes — z. B. Änderung der Fabrikationsmethode, Aufgabe eines Artikels usw. — verhinderte. Wohl aber ist der Geschäftsherr in ähnlicher Weise, wie der Auftraggeber des H.-M. zur Mitwirkung an dem Zustandekommen des Vertrags verpflichtet ist, dem H.-A. gegenüber gemäß § 88 Abs. 2 zur Ausführung des bereits abgeschlossenen Geschäfts verpflichtet. Die Parallele wird vollständig, wenn wir uns daran erinnern, daß der Provisionsanspruch des H.-A. in derselben Weise von der Ausführung des abgeschlossenen Geschäfts abhängig ist wie der Lohnanspruch des H.-M. von dem Zustandekommen des an-

---

[1]) vgl. S. 44/5.
[2]) s. weiter unten.
[3]) vgl. S. 33.
[4]) Ebenso Staub Anm. 9 zu § 88 S. 372 und OLG. Hamburg in OLGRspr. Bd. 6 S. 189.

gestrebten Vertrags. — Die Wirkung der Vorschrift des § 88 Abs. 2 weicht freilich von der Wirkung der Pflichtverletzung des Auftraggebers des H.-M. durch unbegründete Ablehnung des angebotenen Vertrages erheblich ab. Während nämlich bei dem H.-A. der Provisionsanspruch trotz Nicht ausführung des Geschäfts ipso jure zur Entstehung gelangt, wenn die Ausführung des Geschäfts ganz oder teilweise unterbleibt, ohne daß hierfür ein wichtiger Grund in der Person des Gegenkontrahenten vorliegt, erzeugt die besprochene Pflichtverletzung des Auftraggebers des H.-M. keinen Lohnanspruch. Und selbst ein Schadensersatzanspruch des H.-M. wegen Nichterfüllung ist noch von den in § 326 BGB. normierten, weiteren Voraussetzungen abhängig.

Für den Verkaufsagenten bestimmt Satz 2 des § 88 Abs. 1 noch besonders, daß im Zweifel zur Ausführung des Geschäfts der Eingang der Zahlung von seiten des Kunden gehört. Erst dann, und nur nach dem Verhältnis des eingegangenen Betrages, ist die Provision erworben.[1])

In gewisser Parallele hierzu bestimmt der § 652 Abs. 1 Satz 2, daß ein aufschiebend bedingter Vertrag erst dann im Sinne des Satz 1 des gleichen Paragraphen — nämlich hinsichtlich des Lohnanspruchs des H.-M. — als zustande gekommen gilt, wenn die Bedingung eintritt.

Wesentlich für den Vergütungsanspruch sowohl des H.-A. wie des H.-M. ist die Identität des zustande gekommenen mit dem aufgetragenen Geschäft (bezw. Vertrag). Ist das Geschäft unteren anderen als den ursprünglich erklärten Bedingungen zustande gekommen, so ist nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu entscheiden, ob die Identität zwischen dem aufgetragenen und zustandegekommenen Geschäft als gewahrt anzusehen ist. Es genügt, „wenn nur das beabsichtigte Unternehmen als solches in seiner Wesenheit gelungen und der Zweck der Unternehmung erreicht ist".[2])

Gemäß § 653 Abs. 1 BGB. gilt bei dem Fehlen eines ausdrücklichen Lohnversprechens ein Mäklerlohn stets als stillschweigend vereinbart, „wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist". Bei dem Handelsmäkler, der die Vermittlung gewerbsmäßig betreibt,[3]) trifft diese Vermutung stets zu. — Der H.-A. kann nach § 354 gleichfalls ohne ausdrückliche Vereinbarung eine Provision fordern.

---

[1]) vgl. des näheren Apt S. 56 N. 6.
[2]) vgl. RG. bei Bolze Bd. 9 Nr. 324 S. 141.
[3]) vgl. S. 6 vorletzter Abs.

Über die Art der Vergütung ist nur für den H.-A. eine gesetzliche Bestimmung getroffen. In erster Linie wird sie durch den Vertrag selbst bestimmt; nach ihm entscheidet sich, ob der H.-A. bezw. der H.-M. Anspruch auf Provision (Courtage), festes Gehalt, Beteiligung am Reingewinn (Tantieme) oder auf eine noch anders geartete Vergütung hat. Fehlt aber eine besondere vertragliche Vereinbarung, so ist gemäß § 88 Abs. 1 dem H.-A. eine „Provision", d. h. eine Vergütung in Prozenten des Geldäquivalents für das Geschäft zu zahlen.[1]) Was im gleichen Fall für den H.-M. gilt, läßt sich nur aus den Umständen des Falls und den ortsüblichen Handelsgebräuchen ermitteln.

Über die Höhe der Vergütung kommt bei beiden in erster Linie der Vertrag — bei dem H.-M. in zweiter Linie eine bestehende Taxe und drittens, wenn auch diese nicht besteht, die Handelssitte in Frage (§ 653 Abs. 2 BGB.). Bei dem H.-A. folgt als Bestimmungsfaktor bereits in zweiter Linie die Handelssitte (§ 88 Abs. 3). Eine allgemeine Taxe für die Vergütung der vom H.-A. geleisteten Dienste ist auch ausgeschlossen, weil die dauernde Interessenwahrnehmung des Geschäftsherrn Dienste zu verschiedener Art erfordert. Nur innerhalb einzelner Branchen haben sich bestimmte Handelsgebräuche über die Bezahlung des H.-A. ausgebildet.[2])

Entsprechend der dauernden Anstellung erfolgt die Abrechnung gegenüber dem H.-A., soweit nichts anderes vereinbart ist, am Schlusse jedes Kalendervierteljahres; bei dem H.-M., dem Augenblicksvermittler, hat sie im Zweifel nach jedem Geschäftsabschluß zu erfolgen.

Regelmäßige Kosten und Auslagen sind dem H.-A. und H.-M. im Zweifel nicht zu ersetzen (§ 652 Abs. 2 BGB. und § 90). Während aber der H.-M. auch die außerordentlichen Aufwendungen zu tragen hat, kann der H.-A. eine Erstattung der außerordentlichen Auslagen verlangen.[3]) Dies folgt als argumentum e contrario aus § 90 und erscheint als natürliche Folge der weitergehenden Sorgfaltspflicht des H.-A., der oftmals im Interesse des Geschäftsherrn besondere Aufwendungen wird machen müssen, z. B. zum Schutz der ihm anvertrauten Waren gegen ungewöhnliche Gefahren.[4]) Unter die außerordentlichen Kosten fallen auch die Aufwendungen für Reisen, welche der H.-A. auf besonderen Wunsch des Geschäftsherrn unternimmt.[5])

---

[1]) Ebenso Staub Anm. 1 zu § 88 S. 370.
[2]) vgl. Albrecht u. Tentler S. 120/21.
[3]) Ebenso Staub Anm. 2 zu § 90 S. 376.
[4]) DS. S. 78.
[5]) vgl. Warneyer 1910 S. 258.

Gegen die Ansicht Cosacks, daß auch der H.-M. die außerhalb des regelmäßigen Geschäftsbetriebes gemachten Auslagen aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung oder der Geschäftsführung ohne Auftrag ersetzt verlangen könne, wenden Düringer u. Hachenburg mit Recht ein, daß es für die Frage der Anwendbarkeit der §§ 677 ff. u. 812 ff. BGB. nicht auf das Außerordentliche der Aufwendungen ankommt, sondern darauf, ob die Aufwendungen — gleich welcher Art und welchen Umfangs — zum Zweck der Vermittlung gemacht oder außerhalb der Vermittlungstätigkeit, d. h. nur bei Gelegenheit derselben, erfolgt sind. Nur im letzten Fall unterliegen sie den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag bezw. über die ungerechfertigte Bereicherung.[1])

## 6. Befugnisse des Handlungsagenten und Handelsmäklers.

Gemäß § 665 BGB. hat der H.-A. die Befugnis, im Interesse des Geschäftsherrn von seinen Anweisungen abzuweichen. Eine gleiche Befugnis ist für den H.-M. nicht besonders normiert, weil er während der Vermittlung im einzelnen überhaupt nicht an die Weisungen des Auftraggebers gebunden ist.

Zur Annahme von Zahlungen und ähnlichen Vertragsleistungen gelten weder der H.-M. noch der H.-A. als befugt (§§ 86 Abs. 1 u. 97!). Ebensowenig steht dem H.-A. das Recht zu, Zahlungsfristen zu bewilligen. Bei dem H.-M. kommt eine Bewilligung von Zahlungsfristen nicht in Frage, da er niemals das Geschäft selbst im Namen eines seiner Auftraggeber abschließt; ein dem § 86 Abs. 1 entsprechendes ausdrückliches Verbot war daher überflüssig. Aus dem gleichen Grunde findet auch die Vorschrift des Abs. 2 des § 86 über die rechtswirksame Anzeige von Mängeln einer Ware und ähnlichen Erklärungen gegenüber dem H.-A. keine Parallele unter den den H.-M. betreffenden Gesetzesbestimmungen.

Eine Ausnahme von dem Gesagten gilt für den H.-A. nur dann, wenn er als Handlungsreisender tätig ist; in diesem Fall finden die Vorschriften des § 55 und nach ihm die des § 54 Anwendung.

---

[1]) Düringer u. Hachenburg Anm. 9 zu § 99 S. 550/51; ebenso Staub Exk. vor § 93 Anm. 15 S. 386.

# Schluß.

## § 5.

## Zusammenfassung der gewonnenen Ergebnisse.

Ergibt sich als Resultat der drei letzten Abschnitte, daß die Normen über die einzelnen Rechte, Pflichten und Befugnisse des H.-A. und des H.-M.s der durch die grundlegenden Bestimmungen der §§ 84, 93 u. 98 determinierten Eigenart der beiden Rechtstypen in vollem Maße gerecht werden, so dürfte das Gesamtergebnis der vorliegenden Untersuchung dahin festzustellen sein, daß es sich bei dem „Handlungsagenten" und „Handelsmäkler" um zwei verschiedene, sich häufig geradezu entgegengesetzte rechtliche Prinzipien handelt, und daß die Rechtssphären des H.-A. und des H.-M.s trotz der vielfachen wirtschaftlichen Berührungspunkte ihrer Vermittlungstätigkeit grundsätzlich wie im einzelnen erheblich voneinander abweichen.

Die wesentlichen Unterscheidungsmerkmale sind diese:

1. Der **H.-A.** dient ausschließlich den Interessen seines Geschäftsherrn: **er ist Parteivertreter.** Der **H.-M.** tritt zu beiden Parteien in ein Vertragsverhältnis und ist beiden verantwortlich: **er ist objektiver und unparteiischer Interessenvertreter.**

2. Der **H.-A.** steht „stets in festen rechtlichen Beziehungen zum Handelsgewerbe eines anderen"[1]) und hat entsprechend eine fortgesetzte Initiative für die Interessen seines Geschäftsherrn zu entfalten: **er ist „ständig betraut".** Der **H.-M.** dient einem unbestimmten Personenkreis (Kaufleuten und Nichtkaufleuten) und wird nur auf speziellen Auftrag hin berufstätig, mit dessen Ausführung sein Verhältnis zur Partei regelmäßig beendet ist: **er vermittelt von Fall zu Fall, ist Augenblicksvermittler.**

Zu diesen beiden grundlegenden und durchgreifenden Unterschieden kommen noch einige sekundäre Unterscheidungsmerkmale, von denen das wichtigste schon genannt ist:

1. Der **H.-A.** ist für das „Handelsgewerbe eines anderen", d. h. für einen Kaufmann tätig, der **H.-M.** kann für jede beliebige Person vermitteln.

2. Der **H.-A.** vermittelt jede Art von Geschäften, der **H.-M.** kann nur „Verträge", und zwar nur solche

---

[1]) So Immerwahr S. 43 Ziff. 2.

vermitteln, die sich mit „Gegenständen des Handelsverkehrs“ befassen.

3. Der **H.-A.** kann auf Grund einer Spezialvollmacht auch zum Abschluß berechtigt sein. Der **H.-M.** ist stets auf die Vermittlung von Verträgen beschränkt.

Nach den diesen Thesen zugrunde liegenden Untersuchungen kann es nicht mehr zweifelhaft erscheinen, daß der Gesetzgeber in dem „Handlungsagenten“ und „Handelsmäkler“ zwei in sich einheitliche Gebilde von höchster Eigenart geschaffen hat. Ganz besonders gilt dies noch von dem Handelsmäkler. Die abweichende Behauptung Staubs, daß die vertraglich zweiseitige und objektive Stellung des H.-M.s nicht begriffsnotwendig sei, und das in dieser Behauptung liegende Aufgeben der Eigenart des H.-M. mag zwar den vorübergehenden Forderungen des Handelsverkehrs entsprechen, findet aber im Gesetz keinen Boden. Sicher ist, daß sich das Institut des Handelsmäklers auf die Dauer gegenüber dem immer schärferen wirtschaftlichen Konkurrenzkampf und seinem Verlangen nach stärkster einseitiger Interessenvertretung nur halten läßt, wenn auch die Rechtsprechung bei jeder Gelegenheit seine gesetzliche Eigenart betont. Ein Aufgeben der objektiven und zweiseitig vertraglichen Stellung des H.-M.s bedeutet eine derartige Verwischung des Unterschiedes zwischen dem Institut des Handelsmäklers und dem Institut des Handlungsagenten, daß ersteres über kurz oder lang verschwinden dürfte.

Ebenso wie der Gesetzgeber unbekümmert um Einzelinteressen zur Verhütung und Beseitigung von Schäden gestaltend in das Wirtschaftsleben eingreift, ist es Aufgabe der Rechtsprechung, über das Eintagsbedürfnis hinaus die gesetzliche Eigenart des einzelnen Rechtsinstituts aufrechtzuerhalten und so hier das Institut des Handelsmäklers hinüberzuretten in eine anscheinend nicht fernliegende Zeit, wo gerade die Kompliziertheit und Rücksichtslosigkeit der wirtschaftlichen Kampfesmittel die Existenz eines unparteiischen Interessenvermittlers und -ausgleichers nicht nur allgemein notwendig sondern auch dem subjektiven Bedürfnis entsprechend erscheinen läßt. Das gilt doppelt in einer Zeit, wo die Gesetzgebung überall auf sozialem und wirtschaftlichem Gebiet auf den Ausgleich der Gegensätze bestrebt ist.

---

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.